

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES
VOIES DE RECOURS

CONTRE
LES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon

LE MARDI 15 JUILLET 1902, A 1 HEURE 1/2

PAR
Henry BAUDIN

AVOCAT

Président..... M. DUVERDIER DE SUZE, professeur.
Suffragants... { M. Paul GAUDEMET, professeur.
 { M. ROUX, professeur.

PARIS

A. CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

MDCCCLII

DES
VOIES DE RECOURS
CONTRE
LES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DES
VOIES DE RECOURS
1866

CONTRE
LES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

PAR
Henry BAUDIN
AVOCAT
DOCTEUR EN DROIT



PARIS

A. CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

MDCCCCLII

A MES PARENTS

A MES AMIS

A MES MAITRES

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ACCARIAS. — *Traité de Droit romain.*
ALAUZET. — *Droit commercial.*
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil.*
BAZOT. — *Traité des ordonnances sur requête.*
BÉDARRIDE. — *Des faillites et banqueroutes.*
BERTIN. — *Traité des ordonnances sur requête et sur référé.*
BERTIN, BLOCH et BEVILLAC. — *Chambre du Conseil.*
BIOCHE. — *Dictionnaire de procédure civile et commerciale.*
BOILEUX. — *Commentaire du Code civil.*
BOITARD et COLMET-DAAGE. — *Leçons de procédure civile.*
BONCENNE. — *Théorie de la procédure civile.*
» — *Manuel de la Taxe.*
BONJEAN (Président). — *Traité des Actions.*
BONJEAN (Georges). — *Traité des ordonnances sur requête et sur référé.*
BOUCHER-D'ARGIS et SOREL. — *Dictionnaire de la Taxe.*
BRAVARD et DEMANGEAT. — *Droit commercial.*
CARON. — *Réforme de la législation de l'enregistrement.*
CHAUVEAU. — *Supplément aux Lois de la procédure civile.*
CHAUVEAU et CARRÉ. — *Lois de la procédure civile.*
COHENDY. — *Notes sous Dalloz (Recueil de jurisprudence).*
CRÉPON. — *Traité de l'appel civil.*
CURET. — *Code du divorce et de la séparation.*
DE BELLEYME. — *Ordonnances sur requête et sur référé.*
DELAPORTE. — *Pandectes françaises.*
DEMANTE. — *Cours analytique de Droit civil.*
DEMOLOMBE. — *Cours de code civil.*

- DE PEYRAMONT. — *Notes sous Dalloz (Rapports)*.
DEPEIGES. — *De la procédure du divorce*.
DUTRUC. — *Dictionnaire du contentieux commercial*.
FAVARD DE LANGLADE. — *Répertoire de la nouvelle législation*.
FONS. — *Tarif en matière civile*.
GARSONNET. — *Précis de procédure civile*.
» — *Traité théorique et pratique de procédure civile*.
GIRARD. — *Précis de Droit romain*.
GLASSON. — *Notes sous Dalloz*.
GOUBEAU DE LA BILLENNERIE. — *Traité général de l'arbitrage en matière civile et commerciale*.
LÉPINOY. — *Des décisions judiciaires susceptibles d'appel* (Thèse, Douai-1886).
LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*.
MASSÉ et VERGER. — *Annotations au Droit civil de Zachariae*.
MERLIN. — *Recueil de questions*.
» — *Répertoire de la jurisprudence*.
MONTGALVY. — *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*.
NAQUET. — *Note sous Dalloz*.
PIGEAU. — *Procédure du Châtelet de Paris*.
PIGEON. — *Traité et formulaire des expertises*.
PLANIOL. — *Traité de Droit civil*.
PONCET. — *Traité des Actions*.
POUJOL. — *Des Donations*.
RODIÈRE. — *Cours de procédure et de compétence en matière civile*.
ROGER. — *Traité de la saisie-arrêt*.
ROLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire du notariat*.
ROUSSEAU et LAISNEY. — *Dictionnaire de procédure civile*.
RUBEN DE COUDER, GOUGET et MERGER. — *Dictionnaire commercial*.
RUTGAERTE et AMICOUD. — *Commentaires de la loi du 25 ventôse an XI*.
SAINTESPÈS-LESCOT. — *Des donations et des testaments*.

TALANDIER. — *Traité de l'appel en matière civile.*

THOMINE-DESMAZURES. — *Commentaires sur le Code de procédure civile.*

TISSIER. — *De la tierce opposition.*

TOULLIER. — *Droit civil français (annoté par Duvergier).*

TROPLONG. — *Donations et testaments.*

VASSEROT. — *Manuel des experts.*

VATISMESNIL (DE). — *Encyclopédie du Droit.*

VAZEILLE. — *Résumé et conférences des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments.*

VRAYE et GODE. — *Le divorce et la séparation de corps.*

INTRODUCTION

En procédure civile, il est peu de questions qui aient, autant que celle des ordonnances sur requête, soulevé de controverses doctrinales et occasionné de décisions contradictoires en jurisprudence. Tout en cette matière est discutable — et tout est discuté, à commencer par la nature juridique des ordonnances sur requête : pouvoirs du Président statuant sur requête, effets de ces ordonnances, voies de recours contre elles. Cette dernière question est peut-être la plus délicate qui se pose à ce sujet ; c'est à coup sûr la plus discutée tant en doctrine qu'en jurisprudence et il semble que les recherches les plus savantes n'aient fait qu'augmenter la confusion.

Presque un siècle s'est écoulé depuis la promulgation du Code de procédure civile et la situation est la même qu'au lendemain du 1^{er} janvier 1807 ; les juristes les plus érudits se sont attachés à jeter quelque lumière sur cette obscure question ; les esprits les plus ingénieux se sont donné libre carrière pour trouver une solution inattaquable : et la doctrine est aujourd'hui plus que jamais divisée. Au cours du siècle passé, il n'y a pas eu d'année — j'allais dire : de jour — où la question n'ait été posée aux Tribunaux : et les décisions d'aujourd'hui sont contradictoires de celles d'hier ; la Cour suprême elle-même, saisie plusieurs fois, a été impuissante à imposer ses solutions aux Tribunaux, et

même à introduire l'unité, nécessaire ici plus qu'ailleurs dans sa propre jurisprudence qui a subi dans ces derniers temps une évolution remarquable. Incroyable confusion où la lutte ne cesse sur les distinctions que pour reprendre plus âpre sur les sous-distinctions ! Confusion d'autant plus inexplicable qu'était plus grande la science des polémistes et plus autorisée la compétence des magistrats ! *Tanta mo-
lis erat !*

Nous ne tenterons point de dégager pour le moment les causes, d'ailleurs assez complexes, de ces divergences ; nous voulons seulement signaler d'un mot leur source principale, sauf à examiner la question plus en détail après l'examen des divers systèmes proposés. Le Code de procédure civile parle des ordonnances sur requête dans un certain nombre d'articles, sans lien entre eux, et à propos des matières les plus diverses. Tandis qu'il consacre aux jugements tout un titre (titre VII du livre 2), il n'expose nulle part une théorie d'ensemble sur les ordonnances sur requête qu'il ne fait que nommer. Voilà donc une matière, d'une importance pratique considérable, dont le Code a négligé de poser les principes et qui semble manquer de base. Dès lors, il fallait rechercher quels pouvaient être les caractères intimes de cette juridiction sur requête ; la question dominant toutes les autres était celle de la *nature* des ordonnances sur requête. Autant de commentateurs, autant d'avis différents sur ce point ; de là des divergences innombrables, mais logiques, sur les questions capitales de la matière : étendue et effets des ordonnances, voies de réformation ouvertes contre elles.

Le silence du Code de procédure civile, négligeant de déterminer les principes de la juridiction sur requête, voilà donc la source de toutes les controverses. L'incertitude sur

ce qui constitue l'être même de cette juridiction a entraîné la confusion où se débattent aujourd'hui encore la doctrine et la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, la question essentielle du débat est toujours celle de la nature des ordonnances sur requête : c'est pourquoi il nous paraît utile d'exposer d'abord les principales opinions émises sur ce point : ces préliminaires indispensables permettront de mieux saisir les controverses soulevées sur notre sujet proprement dit : les voies de recours contre ces ordonnances.

Ce sujet, nous l'examinerons d'abord d'une façon générale, en indiquant les solutions proposées jusqu'à nos jours ; puis nous exposerons un système qui a fait son apparition il y a peu de temps, système d'une hardiesse imprévue et qui tend à rien moins qu'à supprimer la distinction des deux juridictions gracieuse et contentieuse ; puis nous examinerons en particulier les principaux cas où peut se poser la question des voies de recours contre une ordonnance sur requête.

PREMIÈRE PARTIE

GÉNÉRALITÉS

TITRE PREMIER

DE LA NATURE JURIDIQUE DES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

§ I. — Définition.

Qu'est-ce qu'une ordonnance? Merlin nous répond : « L'ordonnance est l'ordre que donne un juge, soit au bas d'une requête, soit à la suite d'un procès-verbal, soit dans tout autre cas déterminé par les lois... ». Cette définition embrasse toutes les décisions que peut rendre un magistrat unique; celles-ci peuvent se classer en trois catégories :

1^o Les mesures conservatoires ou provisoires autorisées par le Président du Tribunal, sur la requête des intéressés, mais en l'absence et à l'insu de la personne contre laquelle on les sollicite.

2^o Les actes d'administration judiciaire ou d'instruction que le juge-commissaire prend sur la réquisition des parties (enquêtes, interrogatoires sur faits et articles...).

3^o Les ordonnances de référé, par lesquelles le Président, saisi par assignation, tranche au provisoire des conflits urgents, les intéressés présents ou appelés.

C'est seulement sur la première catégorie que portera notre étude; c'est elle seule en effet qui constitue la classe des ordonnances sur requête.

La définition de Merlin est-elle à l'abri de toute critique? Nous ne le croyons pas. Il nous semble, en effet, que l'ordonnance sur requête, loin de constituer toujours « un ordre », n'est le plus souvent qu'une « autorisation » d'agir

de telle ou telle façon. Pour n'en citer que quelques-unes, les ordonnances permettant d'assigner à bref délai, ou en dehors des jours et heures légaux, celles permettant à la femme d'assigner son mari en divorce ou en séparation, ou de prendre un domicile différent; celles autorisant la femme mariée à défaut d'autorisation du mari; celles surtout autorisant diverses saisies : saisie-arrêt, saisie conservatoire, saisie-exécution, saisie-foraine, saisie-gagerie, saisie-revendication, saisie-contrefaçon; celles permettant de poser les scellés, celles autorisant des ventes mobilières, constituent de la part du juge qui les rend bien plutôt des autorisations que des ordres. Et la preuve en est que la rédaction des formules dans la pratique nous révèle ce caractère : « Nous, Président..., vu la requête et les pièces ci-dessus..., *autorisons* le requérant à... ».

M. Bertin a poussé le raisonnement plus loin et, écartant d'une façon définitive l'idée d'« ordre du juge », il soutient que la confusion extrême qui règne en notre matière provient uniquement de la qualification inexacte donnée par le Code de procédure civile à ces décisions du Président. « Les rédacteurs du Code civil et du Code de procédure, écrit-il, paraissent s'être peu préoccupés de la nature et de l'effet des décisions rendues sur requête, ainsi que de la nécessité de donner à ces décisions une qualification exacte. Le Président, lorsqu'il statue sur requête, ou sur assignation, rend dans les deux cas des ordonnances; cependant ces deux décisions sont de nature essentiellement différente et leurs résultats ne sont pas moins dissemblables. Lorsque le Président statue sur requête, il procède à un acte d'administration judiciaire. Cet acte, intervenant *inter volentes* et *sine causa cognitione* appartient au domaine de la juridiction gracieuse; le Président ne juge ni ne préjuge le droit

du requérant et ne saurait porter aucune atteinte à celui des tiers. Dans de telles conditions, le Président peut permettre, autoriser; il ne peut jamais ordonner. L'autorisation qu'il donne sur requête ne peut jamais être suivie de la formule exécutoire : Mandons et ordonnons... La qualification d' « ordonnance » appliquée aux « autorisations » délivrées sur requête est donc inexacte puisque le Président *ne saurait jamais ordonner* qu'il sera procédé à l'exécution nonobstant l'opposition des tiers intéressés, » (Bertin, *Ordonnances sur requête et sur référé*, t. I, Introduction, p. 8 et suiv.). Le même langage se retrouve plus loin (*loc. cit.* p. 31).

Relevons d'abord dans cette citation deux assertions qui nous semblent absolument erronées, à savoir : que la décision intervient *inter volentes* et *sine causæ cognitione*.

1. Et d'abord l'ordonnance sur requête n'est pas rendue *inter volentes*. Une décision est en effet rendue *inter volentes*, lorsque le magistrat « exerce son autorité *inter volentes*, c'est-à-dire *entre* personnes qui viennent spontanément réclamer son intervention, qu'il n'a point à donner gain de cause à l'un en condamnant l'autre, car il ne *statue pas sur une contestation*, il sanctionne, il ratifie, il constate; il ne décide rien. » (Bonjean, *Traité des Actions*, t. I, p. 59). Cette juridiction *inter volentes* suppose donc essentiellement un accord entre les parties, supprimant toute contradiction. Or, tel n'est pas notre cas; il suffit de parcourir de la pensée les différents cas où interviennent les ordonnances sur requête pour se rendre compte : 1^o que, dans la plupart de ces cas, sinon dans tous, la mesure autorisée ou ordonnée appelle un contradicteur contre qui la décision est rendue; 2^o que, loin de trouver ici l'accord entre les parties qui fait le caractère essentiel de la juridiction *inter volentes*,

cet accord ne peut se rencontrer, puisque la partie contre qui le requérant demande la décision n'est pas et ne doit pas être informée de la mesure sollicitée contre elle, et, par suite, ne peut pas y consentir par avance ; à moins que l'on ne veuille soutenir que les deux parties d'accord sont le requérant et le magistrat qui rend l'ordonnance, explication impossible qui ferait du juge civil une partie au procès.

2. Et quant à soutenir que la décision doit être rendue *sine causæ cognitione*, c'est à-dire qu'elle exclut de la part du juge toute recherche sur le bien-fondé de la demande, nous pensons que c'est une erreur non moins grave. Le président, en effet, n'a nullement un rôle passif, il doit, au contraire, avant de prononcer, examiner scrupuleusement la légitimité de la demande, de la mesure sollicitée, étudier les pièces qui lui sont remises à l'appui de la requête. Sans doute, il n'acquiert pas de la question une connaissance aussi approfondie que celle qui résulterait d'un débat contradictoire ; la *causæ cognitio* n'est point parfaite, mais il y a une *causæ cognitio*. Et en admettant avec d'Argentrée que, dans ce cas, il n'y ait que *causæ cognitio informatoria* tandis que la juridiction contentieuse comporterait une *causæ cognitio legitima et probatoria*, il n'en est pas moins vrai de dire que le juge ne statue pas *sine causæ cognitione*.

Examinons maintenant si l'ordonnance sur requête ne constitue vraiment qu'une autorisation et ne doit constituer que cela. M. Bonjean fait justice de cette proposition erronée : « Il est vraisemblable, écrit-il, que les rédacteurs du Code de procédure civile savaient mieux que nous ce qu'ils voulaient dire et les plus ingénieuses discussions me semblent peu capables de lutter avec succès contre l'argument brutal du texte. Si donc celui-ci emploie le mot « or-

donnance », c'est qu'il s'agissait, dans la pensée des rédacteurs du code, d'autre chose que d'une simple permission absolument platonique si elle devait s'anéantir devant le premier obstacle qu'elle rencontrerait... Je ne vois pas d'ailleurs très bien comment l'absence de la formule exécutoire rendrait précaire l'autorité d'une décision qui a précisément pour théorie inspiratrice de produire, *hic et nunc* et sans qu'on puisse lui échapper, tous ses effets conservatoires. (Bonjean, *Traité des ordonnances sur requête*, nos 65 et s., p. 30).

D'ailleurs, pour nous en tenir aux enseignements de la pratique, nous pouvons être fixés sur ce point par une double constatation :

A. — Aucun texte de loi ne s'opposant à ce qu'une ordonnance sur requête soit revêtue de la formule exécutoire, après avoir été déposée au greffe pour minute, en pratique certaines ordonnances sont suivies de cette formule. Ainsi celle d'envoi en possession du légataire universel, rendue d'après les art. 1006 et 1008 du Code civil, est toujours déposée au greffe pour minute, et le greffe (à Paris) en délivre une grosse au légataire. Ainsi donc, premier point, en pratique, et contrairement à l'assertion formelle de M. Bertin, les ordonnances sur requête peuvent être revêtues de la formule exécutoire.

B. — Il est certaines ordonnances sur requête qui contiennent plus qu'une autorisation. Sans parler de l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence arbitrale, qui attache à ce jugement spécial la force exécutoire qu'il ne possède pas par lui-même et qui, par suite, est plus qu'une autorisation, il est visible que certaines ordonnances sur requête ont un caractère et des effets qui dépassent de beaucoup ceux d'une simple autorisation, par exemple, l'ordonnance contenant

désignation d'un expert en remplacement d'un autre, qui investit le nouvel expert de sa mission au même titre que le ferait un jugement proprement dit ; ainsi encore celle qui ordonne le dépôt d'un testament dans les minutes de tel notaire désigné par le Président. Enfin le caractère de l'ordonnance d'envoi en possession du légataire universel (art. 1006 et 1008 C. civil) est extrêmement discuté et certains auteurs voient dans cette décision plus qu'une autorisation. Ainsi donc, pour conclure, la théorie de M. Bertin nous paraît critiquable : 1^o en ce qu'on peut toujours revêtir une ordonnance sur requête de la formule exécutoire ; 2^o en ce que, par elles-mêmes et indépendamment de cette formule, certaines ordonnances sont plus que de simples autorisations. Le système de M. Bertin n'est donc vrai que pour la majorité de ces décisions et ne saurait être érigé en principe absolu.

Il nous semble que, combinant les deux idées de Merlin et de M. Bertin, l'on pourrait dire que l'ordonnance sur requête est une décision du Président du Tribunal (ou du juge qui le remplace) contenant un ordre ou une autorisation et rendue sur une simple requête présentée par une partie, hors la présence et à l'insu de tout contradicteur.

§ 2. — Nature juridique des ordonnances sur requête.

I. — *Système de Chauveau sur Carré.* — L'ordonnance sur requête appartient à la juridiction gracieuse et est irréfragable. « Il est facile de distinguer la part que le législateur a faite à la juridiction contentieuse et à la juridiction gracieuse. Nous appelons juridiction contentieuse celle qui a pour mission de décider entre les prétentions rivales de deux parties que la loi met en présence, et juridiction gra-

cieuse, celle qui prononce sur les demandes d'une partie que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelque intérêt à contredire. Dans le premier cas, il y a procès et la loi reconnaît trois personnes : le demandeur, le défendeur et le juge ; dans le second cas, il n'y a que requête, et la loi ne reconnaît qu'un solliciteur d'une part, et de l'autre un pouvoir qui accorde ou refuse... L'ordonnance du Président est irréfragable. » (Carré sur Chauveau, t. I, n° 465).

Nous reviendrons sur la question des juridictions gracieuse et contentieuse dans un titre spécial, en examinant un nouveau système qui tend à supprimer cette distinction ; et nous verrons alors que, loin qu'il soit facile de distinguer la part faite par le législateur à chacune de ces juridictions, il est au contraire extrêmement compliqué de trouver un *criterium* certain qui serve de base à cette distinction. Chauveau sur Carré dit donc simplement ceci : l'ordonnance sur requête appartient à la juridiction gracieuse ; donc elle est irréfragable. Le raisonnement est celui-ci : juridiction gracieuse et juridiction contentieuse sont deux choses absolument contraires et doivent, à tous points de vue, être régies par des principes contraires ; les jugements qui appartiennent à la deuxième catégorie sont susceptibles de voies de recours, donc les ordonnances sur requête, qui appartiennent à la première, doivent être irréfragables. Simple affirmation, posée en axiôme et qui ne repose en réalité, comme nous le verrons plus loin, sur aucun texte, sur aucun raisonnement. L'existence des voies de recours ne doit pas être subordonnée à la forme dans laquelle une décision est rendue, mais à la nature de la demande, à sa matière.

II.— *Système de Bioche et de de Belleyme.*— L'ordonnance émane du *pouvoir discrétionnaire* du juge et est irréfragable : « Il y a certaines ordonnances qui doivent être considérées comme émanées du *pouvoir discrétionnaire* du juge ». (Bioche, t. IV, p. 189.) Ce système est développé par M. de Belleyme : « En principe général, les ordonnances sur requête ne sont pas susceptibles d'appel parce qu'elles émanent du *pouvoir discrétionnaire et souverain* du juge... » (De Belleyme, t. I, p. 67.) « J'appellerai donc la juridiction du Président statuant sur requête la *juridiction discrétionnaire*... Le magistrat qui en est investi a, en effet, un *pouvoir discrétionnaire* d'accorder ou de refuser ce qui lui est demandé. » (*Ibid.* page 13.) « Le Président a fait acte de *juridiction discrétionnaire* : il avait la faculté d'accorder ou de refuser la mesure sollicitée... Le magistrat est dessaisi et ses *pouvoirs discrétionnaires* sont épuisés. » (*Ibid.* p. 22.) « Le pouvoir du Président rendant les ordonnances sur requête est un *pouvoir discrétionnaire* qui lui permet d'accorder ou de refuser les mesures conservatoires ; les ordonnances sur requête sont *souveraines*. » (*Ibid.* p. 37.)

Ce système nous semble manquer d'une base solide : 1^o en ce qu'il repose sur une distinction que le Code n'établit nulle part expressément ; le mot « discrétionnaire » n'apparaît dans aucun article, pas plus que la distinction qu'on veut y rattacher. 2^o en ce que ce caractère discrétionnaire, consistant dans la possibilité d'accorder ou de refuser la demande, s'exerce de la même façon dans la juridiction, évidemment contentieuse, des tribunaux, qui peuvent accueillir ou rejeter une demande quelconque. (En ce sens : Montpellier, 26 juin 1895 ; Cassation, 21 avril 1896, *Gazette du Palais*, 20 mai 1896, demande en conversion.) Ce système nous paraît donc devoir être rejeté comme

n'ayant une base suffisante ni dans les textes ni dans le raisonnement.

III. — *Système de M. Garsonnet.* — M. Garsonnet se rattache à la théorie du pouvoir discrétionnaire et rejette absolument l'idée de juridiction gracieuse : « On hésite encore à l'heure actuelle sur le point de savoir si les ordonnances sur requête appartiennent à la juridiction gracieuse ou à la juridiction contentieuse. S'il fallait absolument prendre un parti, je préférerais une troisième solution, qui consiste à voir dans cette attribution du Président l'exercice d'une sorte de *pouvoir discrétionnaire*. Peut-on dire, en effet, qu'il exerce la *juridiction gracieuse*, dont le *caractère essentiel* est de ne *supposer aucun adversaire connu ou même présumé*, en rendant des ordonnances presque toujours préjudiciables aux droits des tiers, et que ceux-ci combattraient sûrement si la loi eût permis de les y appeler ? Et a-t-on jamais vu la juridiction contentieuse s'exercer au domicile du juge, sans forme de procéder, assistance de greffier ni décision motivée ? Si c'est une juridiction qu'il exerce, c'est seulement en ce sens qu'il est dessaisi par le seul fait d'avoir statué et ne peut rétracter son ordonnance en présence d'une seule partie... Mais quel que soit le caractère en théorie pure, cette juridiction suit certainement les règles de la procédure gracieuse au seul point de vue qui offre un intérêt pratique, celui des voies de recours dont les ordonnances sur requête sont susceptibles : rendues en l'absence de la partie contre laquelle elles sont prises et sans qu'elle ait été appelée ou dû l'être, elles ne peuvent être l'objet des recours ouverts aux parties contre les jugements qui devaient être rendus en leur présence. » (Garsonnet. *Traité de procédure civile*, t. VII, p. 250, § 1457.)

M. Garsonnet se rallie donc très nettement au système de Bioche et de de Belleye.

IV. *Système de Bertin.* — Pour M. Bertin, l'ordonnance sur requête est un acte de juridiction administrative, de tutelle judiciaire : « Cet acte intervenant *inter volentes et sine causa cognitione* appartient au domaine de la *juridiction gracieuse* ; le Président, lorsqu'il statue sur requête, procède à un acte d'*administration judiciaire* ». (Bertin, *loc. cit.* t. I, p. 8 et s.) « C'est le moyen, le procédé au moyen duquel cet acte est obtenu qui en précise la nature. Si l'intervention du magistrat est sollicitée par requête, en l'absence et à l'insu du contradicteur, l'autorisation n'est et ne peut être qu'un acte de *tutelle* ou d'*administration judiciaire* appartenant à la juridiction gracieuse. » (*eod. loco* p. 31). «..... Les ordonnances sur requête constituent des actes, non de juridiction contentieuse, mais d'administration judiciaire.....; or, en matière d'autorisation sur requête, il y a non acte de juridiction contentieuse, mais acte d'*administration judiciaire* ; il y a non une décision du juge, mais une autorisation provisoire octroyée en vertu du *pouvoir discrétionnaire* du Président..... L'autorisation sur requête est incontestablement un acte d'*administration judiciaire*... L'autorisation sur requête n'est pas un acte de la juridiction contentieuse, mais un acte d'*administration gracieuse* qui n'est pas *attaquable par les voies de recours judiciaires*. »

On voit que M. Bertin admet les expressions déjà connues de : juridiction gracieuse, pouvoir discrétionnaire, et qu'il emploie le terme nouveau d'administration judiciaire. Ce serait sortir du cadre de nos recherches et nous écarter par trop de notre sujet que de vérifier l'exactitude de cette appellation ; nous ne faisons que signaler les diverses opinions

émises sur la nature des ordonnances sur requête. Disons seulement que M. Bertin tire de son idée cette conclusion que l'ordonnance est irréfragable ; mais que, tout en repoussant contre cette ordonnance les voies de recours, il admet la partie intéressée à se pourvoir contre la *mesure* même autorisée par cette décision.

V. *Système de M. de Peyramont.* — D'après ce magistrat, l'ordonnance émane d'un *pouvoir d'administration* ou de *police*. « Les ordonnances sur requête *ne constituent pas un acte de juridiction* à un titre quelconque. Le mot *juridiction* exprime nettement par sa seule étymologie la chose qu'il désigne : c'est le pouvoir de *dire le droit*, de faire justice aux parties. Mais quand on présente requête au Président pour obtenir de lui une mesure provisoire ou conservatoire, on ne l'appelle pas à vérifier le droit entre les parties sur les points qui les divisent ; on ne lui demande pas une sentence ; on sollicite l'interposition de son autorité, un *acte d'administration*, un *acte de police* en quelque sorte, pour prévenir un danger imminent, pour déjouer une fraude que l'on redoute. C'est ce qui faisait dire aux jurisconsultes anciens qui confondaient ces actes avec ceux de la *juridiction volontaire* qu'ils étaient *magis imperii quam jurisdictionis*. Il est plus exact de dire qu'ils ne procèdent à aucun titre du pouvoir juridictionnel, mais bien des pouvoirs *de protection, d'administration et de police*, dont la loi investit le Président du Tribunal, afin de pourvoir aux cas d'urgence. » (De Peyramont, *Rapport sous cassation*, 26 novembre 1867, S. 68, 1. 73).

C'est là une opinion conforme à celle de M. Bertin, quoique plus absolue ; mais M. de Peyramont en tire une conclusion radicalement opposée : tandis que M. Bertin refuse toute

voie de recours contre ce qu'il appelle un acte d'administration judiciaire, M. de Peyramont s'exprime ainsi : « Il nous paraît manifeste, *a priori*, en dehors de tout examen des textes, que, loin d'écarter toute idée de recours, de contrôle, de révision, ces actes l'appellent au contraire au premier chef, pour protéger la partie contre laquelle, à son insu, ces mesures sont sollicitées et obtenues. » (*Eod. loc.*, S., 68, 1, 73.)

La terminologie de M. de Peyramont a été critiquée en particulier par M. Bazot, qui a soutenu que les termes « d'administration et de police convenaient mal à l'œuvre d'un magistrat ». Peut-on dire que le Président du Tribunal exerce un pouvoir d'administration seulement quand il rend une décision qui est de nature le plus souvent à léser des intérêts (ex. : saisie-arrêt, envoi en possession) ? Nous ne faisons que signaler la question, qui demanderait des recherches et des développements hors de proportion avec le cadre restreint de notre étude.

VI. — *Système de M. Bazot.* — M. Bazot, qui combat le système de M. de Peyramont, soutient le caractère juridictionnel et judiciaire de l'ordonnance sur requête, mais admet qu'elle émane du pouvoir discrétionnaire, et par suite est non susceptible de recours. « Encore bien que le Président n'ait été appelé ni à trancher une contestation, ni à habiliter un incapable, c'est à une œuvre de justice qu'il procède, se décidant d'après les renseignements qu'il possède, appréciant ce que commandent les circonstances, prévoyant les conséquences de la mesure qu'il autorise, réservant soigneusement les droits des tiers, y veillant même en leur absence ; prenant même alors sa règle de conduite dans la loi, il fera et devra toujours faire ce qui

est le plus juste. De pareilles préoccupations attestent essentiellement l'exercice d'une juridiction ; il n'est pas nécessaire que le juge dise droit entre deux parties pour que son pouvoir ait le caractère juridictionnel ; la preuve en est dans la juridiction volontaire, admise de tout temps, reconnue par M. de Peyramont lui-même, où le juge, sans dire droit non plus entre deux parties rivales, se borne à une mesure tutélaire pour les intérêts qui lui sont spécialement confiés. » (Bazot. *Ordonnances sur requête*, p. 11 et s.).

M. Bazot, en conséquence de sa théorie du pouvoir discrétionnaire, n'admet pas de recours contre l'ordonnance sur requête ; néanmoins il pense que ce caractère de souveraineté ne doit s'attacher qu'aux ordonnances émanant réellement de la juridiction discrétionnaire ; qu'il faut caractériser les ordonnances par leur nature intrinsèque, non par leur forme extérieure ; que, si une ordonnance est, malgré son titre « sur requête », une ordonnance contentieuse qui préjuge le fond, elle devra être susceptible de recours, sans que sa qualification inexacte puisse changer sa nature. Théorie que nous retrouverons et que M. Bertin rejette absolument, appliquant à la lettre l'adage de Henrion de Pansey : « Tout ce qui se fait sur requête appartient à la juridiction gracieuse ». Toutefois, M. Bazot nous semble avoir parfaitement raison lorsqu'il établit la distinction entre la juridiction gracieuse ou discrétionnaire et la juridiction volontaire ; ce sont deux choses absolument différentes que pourtant beaucoup d'auteurs confondent. (Garsonnet, *loc. cit.*, t. I, p. 112, 120, 130, 135, 156.)

VII.—*Système de M. Glasson.*— M. Glasson, dans une note parue au Dalloz sous un arrêt de cassation (D. 96, 1, 5

et s.), se montre le partisan résolu de la théorie de la juridiction gracieuse, sous la même réserve que M. Bazot : si l'on se trouve dans un des cas où la loi a permis au Président de statuer sur requête, la forme seule entraîne le caractère de juridiction gracieuse. Nous retrouverons cette théorie au titre troisième. Au reste, M. Glasson emploie aussi les termes de : juridiction gracieuse, administration judiciaire, pouvoir absolu et discrétionnaire. Il repousse toute voie de recours contre les ordonnances sur requête.

VIII. *Système de M. Cazalens.* — M. Cazalens a exposé une théorie nouvelle, d'après laquelle la nature des ordonnances sur requête doit se déterminer, non d'après la *forme* de cet acte, mais d'après la *nature de la demande* : suivant que l'acte autorisé peut ou non susciter des contradicteurs dont les droits ou les intérêts sont lésés, il appartiendra à la juridiction contentieuse ou à la juridiction gracieuse. M. Cazalens a exposé sa théorie dans trois notes parues au Dalloz (D. 75, 2, 73; 75, 2, 105; 75, 2, 137). De la première, nous citerons le passage suivant : « Les caractères distinctifs des juridictions gracieuse et contentieuse sont au nombre de deux : l'un principal, parce qu'il est tiré *de la nature même de la demande*; l'autre accessoire, parce qu'il ne dépend que de la forme en laquelle elle est introduite. Le premier tient à ce que la juridiction gracieuse s'exerce *in volentes*, c'est-à-dire à l'égard de parties d'accord sur la mesure sollicitée, tandis que la juridiction contentieuse s'exerce *in invitos*, c'est-à-dire sur des demandes qui, par leur nature et par leurs effets, provoquent la contradiction et suscitent un adversaire intéressé à les contester; le deuxième est tiré de ce que les actes de la juridiction gracieuse interviennent *sine causæ cognitione*, sur les seuls

diens du requérant, tandis que les décisions émanées de la juridiction contentieuse sont rendues en pleine connaissance de cause, après débat contradictoire entre deux parties dont l'une a cité l'autre devant le juge. Or, de ces deux conditions, il est clair que la première se rencontre dans les ordonnances d'une certaine catégorie. Lorsque le juge permet une saisie, ordonne un envoi en possession, nomme un séquestre, confie à l'un des époux la garde des enfants, etc..., il statue *in invitos*, et non *in volentes*, de telles mesures indiquant nécessairement, à raison de l'appréciation qu'elles comportent et du préjudice qui peut en résulter, la contradiction et non l'adhésion des tiers qu'elles concernent. A ce premier point de vue, ces sortes d'ordonnances appartiennent donc à la juridiction contentieuse. Et cela suffit pour qu'on doive reconnaître qu'elles sont susceptibles de recours; car les formes de la demande et de l'instruction déterminent bien le mode spécial de recours qui devra être employé, mais c'est par la nature de l'objet demandé et de la décision rendue que se résout la question de savoir si un recours est ou n'est pas possible. En ce qui touche la deuxième condition, il convient de remarquer que le juge ne répond pas ou ne doit pas répondre à la requête sans en avoir vérifié le mérite et qu'il n'est pas, en conséquence, complètement exact de dire qu'il statue *sine causæ cognitione*. Ce qui est vrai, au contraire, c'est qu'il doit se livrer à un examen sérieux du droit dont le requérant sollicite l'exercice et n'accueillir sa demande que sur la production de son titre ou la justification de sa qualité (Requêtes, Cass., 26 novembre 1856, D. 56, 1, 429). Sans doute, cette vérification ne peut pas être complète puisqu'il n'y a pas de débat contradictoire. Mais, outre que ce n'est là qu'un point secondaire, l'argument qu'on a voulu tirer

de l'absence d'un tel débat s'évanouit devant une considération décisive. Si, en effet, dans les cas supposés, la loi a voulu qu'il fût prononcé sur requête simple, ce n'est pas, comme on l'a prétendu, parce qu'elle a pensé que le Président pourrait, sur les seuls dires du demandeur, découvrir la vérité ; c'est bien moins encore, comme le dit M. Chauveau, parce qu'« elle suppose que l'intérêt de l'autre partie n'existe pas, ou que du moins elle le regarde comme de si peu d'importance qu'elle n'hésite pas à le sacrifier à des motifs d'intérêt général » ; c'est que les mesures dont il s'agit ont le plus souvent pour objet de prévenir un péril imminent et qu'elles resteraient sans efficacité si ceux contre lesquels elles sont provoquées en étaient informés à l'avance. Lors donc que l'ordonnance a été exécutée ou que des précautions ont été prises pour assurer son exécution, il faut se hâter de rentrer dans le droit commun et de rendre au défendeur la faculté, dont on a dû d'abord le priver, de faire entendre sa défense, afin qu'il puisse à son tour se garantir du préjudice dont il est menacé. (D. 73, 2, 73 et s., note.).

Ainsi donc M. Cazalens, subordonnant la nature de l'ordonnance sur requête à celle de la demande, établit deux catégories : les unes ne sont susceptibles de causer aucun préjudice, appartiennent à la juridiction gracieuse et ne sont susceptibles d'aucun recours ; les autres, appelant la contradiction, appartiennent à la juridiction contentieuse et admettent des voies de recours. C'est une thèse qu'avaient déjà soutenue deux arrêts de la Cour de Paris, des 3 et 27 janvier 1866, lesquels provoquèrent l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 26 novembre 1867, (préc.)

Nous reviendrons sur cette théorie lorsque nous étudie-

rons la distinction des juridictions gracieuse et contentieuse. Une seule remarque : le nombre des ordonnances sur requête où les mesures requises n'appellent pas contradiction, ne causant aucun préjudice, est très minime. M. de Peyramont le constate (Affaire Gibiat, Rapport. S. 68, 1, 73), et arrive à conclure qu'il n'est presque pas de cas où les mesures requises ne présentent ce caractère d'appeler et de provoquer la contradiction.

IX. *Système de M. Crépon.* — M. Crépon se rallie au système de M. Cazalens, non sans quelque différence cependant. Voici ce qu'écrit le savant conseiller à la Cour de cassation : « Pour condamner l'opinion qui ne veut voir, dans l'ordonnance dont il s'agit, qu'un acte de tutelle judiciaire, il suffit de mettre en relief l'objet de cette ordonnance, qui est un acte de juridiction, une sentence du juge. Comme d'autre part, les exceptions sont de droit étroit, nous arrivons du même coup à infirmer l'autorité de la doctrine aux termes de laquelle cet acte ne serait que la manifestation d'un *pouvoir discrétionnaire* du juge, ce caractère discrétionnaire ne lui ayant été attribué par aucun texte de loi. Il ne nous paraît pas moins facile de rétorquer l'argument tiré du *caractère gracieux* de l'ordonnance sur requête. La *juridiction volontaire, gracieuse* si l'on veut, tant qu'il ne s'est pas présenté une personne pour contredire, *devient contentieuse* par la survenance d'un adversaire, d'une autre partie ayant intérêt, et par conséquent ayant qualité pour contredire et pour débattre. Il ne peut plus alors être question de juridiction *in volentes, inter volentes*, au regard de parties *d'accord*, et par conséquent plus question de juridiction gracieuse. (D'Argentrée, *Coutume de Bretagne*, art. 1 ; Pothier, *Pandectes*, liv. 2, tit. I. art. 2 n° 8 ; Merlin, Réper-

toire, v^o Juridiction gracieuse ; Favard de Langlade, Répertoire, v^o Juridiction, n^o 67. V. aussi note sous Cassation, 10 novembre 1885. (S. 86, 4, 9 et s. P. 86, 1, 12 et s.) « Il faut donc en conclure que l'ordonnance sur requête est susceptible de recours. » (*Appel civil*, t. I, n^{os} 1192, 1193.)

Nous ne savons si l'idée exacte de M. Crépon se dégage des termes qu'il emploie, mais, à s'en tenir à la lettre de ce qu'il écrit, il semble qu'il fasse dépendre le caractère contentieux de l'ordonnance sur requête de la *survenance* d'un adversaire, de ce fait qu'« il s'est *présenté* une autre partie ayant intérêt à s'opposer » ; il paraît admettre que l'ordonnance, *acte gracieux* tant qu'il ne s'est pas *présenté* de contradicteur, *devient contentieux* lors de l'intervention de ce contradicteur devant le juge. Or, il nous paraît difficile que la *nature* d'un acte, chose abstraite, puisse varier par suite de la *survenance* d'un fait concret, et que la conduite de l'intéressé puisse d'un acte de juridiction gracieuse faire un acte de juridiction contentieuse. Aussi nous semble-t-il plus raisonnable d'interpréter largement le texte de M. Crépon et de ne pas s'attacher à la lettre de ce texte : l'idée qui domine est évidemment celle présentée par M. Cazalens. Au reste, peu importe pour nous, puisque, à notre point de vue spécial, la conclusion est la même, c'est-à-dire celle-ci : il y a lieu d'admettre des voies de recours. Seulement, tandis que M. Cazalens n'admet le recours que pour une catégorie d'ordonnances, la plus nombreuse, il est vrai, c'est-à-dire celles appelant la contradiction, M. Crépon conclut d'une façon générale que « l'ordonnance est susceptible de recours » et sans la limitation de M. Cazalens.

X. *Système de M. Bonjean.* — Dans les quelques pages que nous avons consacrées à examiner la nature des ordon-

nances sur requête, nous avons vu les différents auteurs se partager en deux camps bien tranchés : partisans de la juridiction gracieuse, partisans de la juridiction contentieuse. Les premiers emploient les expressions de : pouvoir gracieux, discrétionnaire, juridiction volontaire, tutelle judiciaire, administration ou police judiciaire ; les seconds font rentrer ces ordonnances dans l'exercice de la juridiction contentieuse, dans une plus ou moins large mesure. Mais c'est bien là la discussion fondamentale, la division essentielle des deux partis, et elle est d'une importance capitale pour notre sujet.

Il nous reste, pour terminer ce rapide exposé, à signaler un système nouveau présenté par un auteur récent, M. Bonjean (*Traité des ordonnances sur requête*). Nous consacrerons un titre spécial à l'étude de ce système, parce qu'elle nous amènera à celle de cette fameuse juridiction gracieuse, volontaire, discrétionnaire, si mal définie. Disons seulement que cette théorie tend à supprimer purement et simplement cette distinction, dont l'origine se trouverait dans des textes romains mal interprétés, et à ne reconnaître qu'une sorte de juridiction, celle régie par les principes généraux du Code de procédure civile. C'est de cette unique juridiction que procéderaient les ordonnances sur requête.

Sur la nature juridique des ordonnances sur requête, nous nous réservons de conclure après l'examen de la juridiction gracieuse. Mais, dès à présent, c'est le système de M. Cazalens, adopté par M. Crépon, et consacré par la jurisprudence la plus récente, qui nous paraît le plus logique et le plus solide, restreignant la juridiction gracieuse aux matières gracieuses par leur nature, c'est-à-dire non susceptibles de contradiction.

TITRE DEUXIÈME

DES VOIES DE RECOURS CONTRE LES ORDONNANCES SUR REQUÊTE

CHAPITRE I.

NÉCESSITÉ DE VOIES DE RECOURS

Nous avons vu, dans notre première partie, que certaines ordonnances sur requête sont susceptibles de léser des intérêts et de causer par là un préjudice à ceux contre qui elles accordent la mesure requise. Maintenant que nous voulons examiner quelle peut être en pratique l'utilité d'une voie de recours, même sa nécessité, nous allons chercher à établir quelle peut être la gravité et la fréquence du préjudice causé par de telles décisions. Plus cette gravité sera grande, plus ce préjudice sera fréquent, plus il sera indispensable d'accueillir une ou plusieurs voies de recours contre les ordonnances sur requête.

Le Président du Tribunal peut statuer sur requête d'abord dans tous les cas expressément prévus par la loi — et ils sont assez nombreux (assignation à bref délai, saisies, envoi en possession, etc....). Peut-il statuer en dehors de ces cas pour répondre à des situations non prévues au Code ? Les auteurs sont partagés sur ce point : les uns, soutenant que tout ce qui n'est pas permis est défendu,

limitent les pouvoirs du Président aux cas prévus spécialement par la loi ; les autres, partant de ce principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis, prétendent que l'autorité du président statuant sur requête est *universelle*.

Sans nous arrêter à discuter ces principes, remarquons que la question semble tranchée *expressément* par l'article 54 du décret du 30 mars 1808 : « *Toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises ou autres mesures d'urgence, celles pour mise en liberté... seront présentées au Président du Tribunal qui les répondra par son ordonnance.* » La loi fixe donc l'étendue des pouvoirs du Président, tout en les limitant aux cas *d'urgence*. Dans cette sphère, c'est bien une autorité universelle.

Seulement, comme ce caractère d'urgence est commun aux ordonnances sur requête et à celles de référé, il faut décider que la juridiction sur requête ne peut s'exercer que pour les demandes qui « *ne permettent pas d'appeler un contradicteur, soit qu'on n'en connaisse pas, soit que, par exception, comme dans la saisie-arrêt, il soit indispensable de ne pas prévenir par une assignation préalable le débiteur présumé de la mesure conservatoire, que la sécurité du créancier oblige celui-ci à réclamer au provisoire.* » (Bonjean, *loc. cit.*, p. 113, nos 243 et s.)

Malgré la double limitation ainsi posée à l'autorité universelle du Président statuant sur requête, il n'en est pas moins vrai que cette juridiction trouve journellement l'occasion de s'exercer et est d'une application extrêmement fréquente dans la pratique. Quant à la gravité du préjudice pouvant résulter d'une ordonnance sur requête, elle se mesure facilement par quelques exemples :

1^o *Ordonnance autorisant une saisie-arrêt.* — M. Bonjean a clairement traité la question dans les quelques lignes qui

suivent : « Une ordonnance a autorisé la saisie-arrêt de sommes dont le saisi a un besoin urgent; ce sera pour lui une mince consolation que d'avoir l'espérance de toucher ce qui lui appartient quand les juges du fond, après un débat contradictoire qui va s'ouvrir sur la validité de la saisie et qui durera peut-être des années, auront déclaré que cette saisie était injustifiée et auront ainsi rendu libres les fonds immobilisés jusque-là. Son crédit aura été ébranlé, sa faillite et ses conséquences matérielles et morales se seront parfois produites, et comme compensation, il aura un jugement qui condamnera peut être son adversaire à des dommages-intérêts trop souvent insuffisants, toujours, dans notre hypothèse, difficiles à recouvrer; le tiers saisi aura peut-être aussi entre temps dissipé les sommes arrêtées; et, dans ces conditions, tout le résultat de l'affaire se résumera pour le saisi dans la perte de ce qui lui appartient, et dans les déboursés de temps et d'argent qu'impose tout procès, même gagné. » (Bonjean, *loc. cit.*, p. 35, n° 78.)

Il est à noter que, dans ce cas, le préjudice causé au saisi ne consiste pas uniquement en la lésion d'intérêts; il y a plus, il y a une véritable atteinte portée à un *droit* du débiteur saisi; ce droit, c'est celui que possède tout créancier de toucher les sommes qui lui sont dues et d'en disposer à son gré. La saisie-arrêt qui rend indisponibles les fonds saisis-arrêtés met donc le saisi dans l'impossibilité d'exercer ce droit. Cette remarque répond à une observation présentée par plusieurs auteurs, entr'autres par M. Bertin, qui prétendent que l'ordonnance sur requête n'est pas susceptible de recours parce qu'elle ne fait que léser des intérêts, mais non des droits; or nous voyons qu'il en est différemment pour l'ordonnance autorisant une saisie-arrêt, l'une des plus

fréquemment employées et en même temps des plus dangereuses.

2^o *Ordonnance d'envoi en possession.* — L'ordonnance d'envoi en possession permet au légataire universel supposé de prendre possession en fait de l'hérédité, de joindre la saisine de fait à la saisine de droit : dès lors, l'héritier du sang, contradicteur légitime, se trouvera vis-à-vis de lui dans la situation de demandeur, s'il prétend user de ses droits d'héritier, et devra supporter le fardeau de la preuve ; sérieux désavantage. Mais, qui plus est, pratiquement, il risque de voir l'hérédité disparue au jour du jugement qui règlera la situation au fond. Cette ordonnance est donc une des plus graves qui puissent exister, puisqu'elle expose celui contre qui elle est rendue éventuellement à ne conserver que des droits illusoires et d'une réalisation impossible pratiquement. M. Glasson, qui est d'un avis contraire, ne nous semble pas avoir établi suffisamment le peu de gravité du tort que peut causer « une *simple* ordonnance d'envoi en possession. » (Note sous Dalloz, 96, 1, 5 et s.)

Ces deux exemples suffisent à faire comprendre quelle peut être la gravité du préjudice causé par une ordonnance sur requête. Et un tel préjudice peut se produire fréquemment, puisque l'autorité du Président statuant sur requête s'étend à tous les cas d'urgence où il n'y a pas lieu de citer la partie adverse. Des décisions si fréquentes⁽¹⁾ et produisant des conséquences aussi graves appellent, pratiquement, au premier chef, la possibilité d'user de voies de recours. Nécessité d'autant plus grande que le contradicteur éventuel, contre qui la mesure a été demandée et accordée, n'a

(1) Au tribunal de la Seine, l'on répond plus de 18,000 requêtes par an. Le service y est fait par quatre juges et un juge suppléant. (Bonjean, *loc. cit.*, p. 96, note.)

pas été cité et n'a pu présenter ses moyens de défense ; qu'il importe donc, au cas où l'ordonnance aurait été rendue à tort ou surprise au magistrat par des apparences trompeuses, que la partie lésée (ne fût-ce qu'éventuellement) puisse se pourvoir rapidement contre une décision qui atteint ses droits et menace ses intérêts.

C'est d'ailleurs la conclusion de M. de Peyramont, qui voit dans l'ordonnance sur requête un acte d'administration judiciaire, mais admet largement le principe d'une voie de recours : « Ces mesures, protectrices pour celui qui les requiert, peuvent et doivent être le plus souvent gravement préjudiciables pour celui qui les subit, sans avoir pu s'en défendre. Elles viennent l'atteindre et le surprendre, sans qu'il ait été averti, sans qu'il ait pu présenter au magistrat qui les autorise les raisons de fait et de droit par lesquelles il aurait pu chercher à s'en défendre. La religion du magistrat peut être surprise, malgré sa vigilance fortement éveillée par le sentiment de sa responsabilité qui, en cette matière plus qu'en aucune autre, lui incombe. Il faut donc que celui qui est ainsi brusquement et par surprise atteint dans ses intérêts, dans son crédit, souvent même dans ses plus vifs sentiments domestiques puisse, *au moment même*, trouver un recours dans la justice contre l'erreur dont il peut être victime, et, dans tous les cas, présenter au juge, après l'émission de son ordonnance, la défense qu'il n'a pu produire avant qu'elle fût rendue. Par cela même que la loi autorise dans cette forme plus que sommaire des mesures d'un caractère aussi acerbe et susceptibles de causer un si grave préjudice, il faut tenir pour certain qu'elle ouvre à la partie dont elle a voulu rendre impossible la défense préalable, un recours aussi prompt qu'efficace. » (De Peyramont, *Rapport présenté à la Cour de*

cassation ; affaire Gibiat, 26 novembre 1867, S. 68, 1, 73).

Nous avons, dans la citation qui précède, souligné les mots « au moment même », et ce à dessein. En effet, l'ordonnance sur requête statue seulement *d'une manière provisoire* et un débat peut toujours être soulevé au principal par la partie contre qui la mesure a été sollicitée ; la décision au principal confirmera ou anéantira la décision au provisoire. Mais c'est précisément pendant le délai qui s'écoule entre l'ordonnance rendue et le jugement au fond que la partie réclamante risque pratiquement le plus de voir se réaliser l'anéantissement de ses espérances par suite de l'abus que fera le requérant de l'autorisation accordée par l'ordonnance (par ex. ; au cas d'envoi en possession du légataire universel. Art. 1008 C. civil).

D'ailleurs, on sait combien long peut être ce délai : le plaideur verra ses droits en suspens durant une éternité et risquera en fin de compte de les voir reconnus alors qu'il sera trop tard en fait. C'est pourquoi nous pensons, avec M. de Peyramont, qu'il est nécessaire que l'adversaire — actuel ou éventuel — du requérant soit à même de trouver « *sur le moment* » une voie de recours rapide.

Il résulte de l'ensemble des idées que nous avons exposées dans ces dernières pages, que l'instance principale ne suffit pas absolument à garantir les droits de celui contre qui une ordonnance produit ses effets. Que ce moyen puisse être employé pour faire tomber une telle décision, c'est évident ; qu'il soit suffisant, nous ne le pensons pas. Il est vrai que l'ordonnance rendue a un caractère essentiellement provisoire ; mais le mot : « En France, il n'y a que le provisoire qui dure », est peut-être plus près de la vérité qu'on ne croit et souvent l'on a vu, en matière judiciaire, le provisoire s'éterniser. Il est donc nécessaire de trouver,

en dehors de l'instance au principal, une voie de recours contre les ordonnances sur requête.

Au reste, c'est, nous semble-t-il, une erreur de la part de certains auteurs que de signaler l'instance principale comme une voie de recours contre ces décisions. Celles-ci, en effet, statuent essentiellement *au provisoire* ; dès lors, l'instance au principal, qui tend à anéantir ou à confirmer la mesure sollicitée d'une façon *définitive*, n'est que la suite naturelle de l'ordonnance sur requête. Elle s'applique à une situation différente : une voie de recours doit viser la même situation que la décision attaquée et statuer dans les mêmes conditions. Les ordonnances de référé, elles aussi, ne statuent que provisoirement (Art. 809 C. proc. civ.) : « Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal. » Or, nous ne croyons pas qu'on ait jamais considéré le débat au principal qui suit le référé comme une voie de recours contre l'ordonnance. C'est donc ailleurs que dans l'instance au principal qu'il faut chercher des voies de recours contre les ordonnances sur requête.

CHAPITRE II

LÉGALITÉ DES VOIES DE RECOURS

Nous venons de constater quelle est pratiquement la nécessité de voies de recours contre les ordonnances sur requête ; il faut établir maintenant la légalité de ces voies de recours, examiner s'il est conforme aux textes de les admettre, si aucun principe de droit ne s'oppose à leur exercice.

C'est ici qu'apparaît l'utilité des lignes que nous avons consacrées à l'étude de la nature des ordonnances sur requête. Selon l'opinion que l'on adopte sur cette question fondamentale, l'on est amené à admettre ou à rejeter les voies de recours, et nous allons retrouver ici les mêmes divergences et les mêmes contradictions que nous avons relevées il y a quelques pages.

Les auteurs qui repoussent le caractère contentieux de l'ordonnance sur requête et qui font émaner cette décision d'un pouvoir discrétionnaire, ou d'une juridiction administrative ou de police, leur reconnaissent en général le caractère souverain et rejettent toute voie de recours contre de tels actes. En ce sens : Chauveau sur Carré, t. I, n^{os} 463 et s. ; Bioche, *Répertoire*, IV, p. 37 ; De Belleyne, I, p. 6 ; Glasse, D. 96, 1, 5, note ; Bertin, *loc. cit.*, t. I, sect. V, § 1 ; Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. VII, p. 255, 5 ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, t. VII, § 3, n^o 11, p. 355.

Signalons en passant l'opinion dissidente de M. de Peyramont qui, reconnaissant le caractère d'actes d'adminis-

tration aux ordonnances sur requête, admet et défend énergiquement l'idée d'un recours contre ces décisions. (De Peyramont, Rapport précité, 26 novembre 1867; S. 68, 1, 73.)

Néanmoins certains de ces auteurs, frappés des dangers d'une telle situation et pénétrés de la nécessité pratique de protéger contre des mesures aussi graves, ont admis le recours, non contre l'ordonnance même, inattaquable, mais *contre la mesure autorisée* par cette ordonnance.

Cette théorie a été exposée d'abord par M. Bertin, puis reprise par M. Garsonnet; voici le raisonnement suivi par M. Bertin : l'autorisation sur requête n'a pas d'effet définitif, elle permet une mesure provisoire, conservatoire; elle ne statue sur rien et laisse absolument intacts les droits des parties; celles-ci soulèveront donc, pour faire trancher la question définitivement, un débat au fond, dans une instance au principal et, si l'urgence est manifeste, iront en référé soumettre au Président du Tribunal la situation nouvelle créée par l'ordonnance.

C'est là une distinction bien subtile et toute de théorie. Que l'ordonnance sur requête soit rapportée par le Président sur un recours formé contre cette décision ou qu'elle le soit sur un référé visant la situation créée par elle, les résultats pratiques seront les mêmes; les effets de la première décision seront anéantis par la deuxième, en sorte que son autorité ne subsistera plus que d'une façon purement théorique. Solution qui paraît vraiment étrange de la part d'auteurs qui soutiennent le caractère *irréfragable* de la première décision : décision souveraine, disent ils, mais dont tous les effets peuvent du jour au lendemain être abolis par une décision analogue, rendue elle aussi au provisoire. Etrange façon de respecter une ordonnance, que l'on proclame inat-

taquable, que d'en autoriser aussi facilement l'anéantissement des effets.

C'est là l'opinion de M. Bonjean qui écrit ceci : « Ce schisme démontre que les jurisconsultes sont de bien subtils analystes et que l'apparence des choses suffit parfois à des esprits que l'on accuse d'être positifs. Ainsi une ordonnance sur requête a autorisé 1^{us} à saisir-arrêter les sommes dues à 2^{us} par 3^{us}. Sans doute, 2^{us} ne doit peut-être rien à 1^{us} ; néanmoins, d'après les partisans de l'ordonnance intangible, il n'aura le droit ni par requête, ni par voie d'opposition, ni par voie d'appel de critiquer l'ordonnance ainsi surprise. Mais il pourra conduire 1^{us} en référé, prouver que la dette n'existe pas et le juge s'inclinant en théorie respectueusement devant l'ordonnance décidera que, malgré la saisie qu'elle a autorisée, 3^{us} pourra valablement payer à 2^{us} ce qu'il lui doit. Alors 1^{us}, voyant disparaître ainsi les sommes sur lesquelles il avait compté, aura pour toute consolation que l'ordonnance par lui obtenue est restée néanmoins absolument respectée. Ce serait alors toujours l'histoire du prêteur romain, proclamant le respect sacro-saint de la loi des XII Tables, mais disant en parlant de certains contrats valables d'après ces antiques prescriptions : *sed ego rescindam*. (Bonjean, *loc. cit.*, p. 54, n° 114, note.) « Je me borne à constater que le président ne serait pas exigeant s'il considérait l'anéantissement de ce qu'il a prescrit comme laissant subsister toute l'autorité de sa décision. » (Bonjean, *loc. cit.*, p. 34, n° 76.)

Il est à noter d'ailleurs que, tout en paraissant soumettre au Président en référé une situation nouvelle, le réclamant lui fait trancher en réalité pour la seconde fois la même question déjà soumise à lui par la requête originale. Pour la première ordonnance, c'était celle-ci : Étant donné telle

et telle circonstance, y a-t-il lieu d'autoriser ou d'ordonner telle mesure ? En référé, ce sera celle-ci : Etant donné les mêmes circonstances (qui, par hypothèse, n'ont pas varié), y a-t-il lieu de rendre une deuxième décision anéantissant les effets de la première ? C'est, en somme, pour les deux cas la seule et même question que voici : Étant donné telle situation, y a-t-il lieu, oui ou non, de rendre une ordonnance autorisant telle mesure ? Le Président en référé fera porter son appréciation exactement sur les mêmes faits que lors de sa première décision. Ce n'est donc qu'en apparence qu'on semble lui soumettre une situation nouvelle.

M. Garsonnet a repris la théorie de M. Bertin ; il n'emploie pas le mot *voie de recours*, mais son langage est analogue : « Il ne reste plus qu'à considérer l'ordonnance elle-même comme inattaquable, mais à regarder les droits des parties lésées comme intacts et à leur ouvrir l'accès des juridictions ordinaires pour attaquer devant elles comme nuisibles ou non justifiées, et faire rapporter par elles, les mesures ordonnées par le Président. Ces juridictions sont : 1^o le tribunal de première instance ; 2^o en cas d'urgence, le président statuant en audience de référé. » (Garsonnet, *loc. cit.*, t. VII, p. 258 et s.)

M. Garsonnet évite d'employer l'expression *voie de recours* en parlant du procédé qu'il préconise ; et ceci nous amène à faire une observation sur l'erreur de langage commise par M. Bertin, quand il intitule le deuxième paragraphe de son chapitre : « Voies de recours contre la mesure autorisée ». Nous ne pensons pas qu'on puisse appliquer cette expression à une situation de fait ; au sens large du mot, on le pourrait peut-être, mais dans le langage juridique, ce terme *voies de recours* ne s'emploie que pour désigner les modes de rétractation ou de réformation d'une

décision judiciaire. Lorsqu'un plaideur a recours à justice pour trancher une situation litigieuse, nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire qu'il exerce une voie de recours contre cette situation, alors même que celle-ci aurait été créée par une décision antérieure. Pour nous, l'idée de voie de recours est inséparable de l'idée d'une *décision attaquée*. Or, précisément ici, M. Bertin pose le principe de l'ordonnance inattaquable.

Nous avons constaté que le système de MM. Bertin et Garsonnet produit des effets absolument identiques à ceux d'une opposition suivie de rétractation, et repose sur une subtilité toute de théorie. Toutefois, en théorie, M. Bertin et ses partisans semblent placés sur un terrain assez solide, étant donné que, d'une part, ils n'admettent pas le caractère contentieux de l'ordonnance sur requête, et que, d'autre part, ils la considèrent comme essentiellement provisoire. Nous reviendrons un peu plus loin sur la question, et, admettant le caractère contentieux des ordonnances sur requête, nous tenterons d'exposer une théorie d'après laquelle ce recours en référé, non contre l'ordonnance, mais contre la mesure autorisée par elle, ne serait pas recevable.

La citation en référé par la partie lésée, dirigée non contre l'ordonnance, mais contre la mesure autorisée ou accordée par elle, voilà donc le premier moyen proposé par certains partisans de la théorie de l'ordonnance irréfragable ; il y en a un deuxième, admis aussi par certains adversaires du caractère contentieux de l'ordonnance sur requête : à savoir, l'introduction d'une *contre-requête* tendant à obtenir une seconde ordonnance en sens inverse de la première. C'est une solution qui venait naturellement à l'esprit ; le même procédé ayant servi à obtenir la mesure requise, doit servir à se défendre contre elle, et le mal

porte en quelque sorte avec lui son remède. Au reste, cette solution s'accorde à merveille avec celle que donnent certains auteurs sur la nature juridique de l'ordonnance sur requête. MM. de Peyramont, de Raynal et Bertin y voient essentiellement un *acte d'administration* ; or un tel acte est révocable par le même magistrat de qui il émane, dans les mêmes conditions et par la même procédure, c'est-à-dire par une seconde ordonnance rendue sur requête. En effet, les décisions judiciaires seules, et c'est leur caractère essentiel, appartiennent à celui à qui elles profitent. Donc, révocation par une deuxième ordonnance intervenue sur une requête de l'intéressé, voilà le moyen ouvert à la partie lésée pour échapper aux conséquences de la décision primitive.

Cette théorie a été soutenue par MM. Bertin ⁽¹⁾ et de Peyramont et exposée par M. de Raynal, avocat général, devant la Cour de cassation, dans les termes suivants : « Le Président, n'ayant pas exercé sa juridiction, n'a pu l'épuiser ; il n'a ordonné qu'une mesure administrative et peut toujours la rétracter. On s'opposera donc à l'exécution, on reviendra par une simple requête devant le Président lui-même ; on rétablira les faits qui avaient été dénaturés ; on lui prouvera que sa religion a été surprise et, mieux informé, il ne se refusera pas à révoquer une mesure qui n'a été obtenue que par des allégations mensongères. »

Ce système paraît soutenable au premier abord. En effet,

(1) M. Bertin, — que nous avons vu, il y a quelques lignes, se déclarer partisan de la citation en référé, — écrivait en 1866 ce qui suit : « Cet acte d'administration laisse au Président la faculté soit de maintenir, soit de modifier, soit même d'anéantir la mesure par lui autorisée provisoirement. Cet acte, qui émane du pouvoir administratif du Président, ne résout et même ne préjuge pas la légitimité de la mesure octroyée... »

nous avons vu que, en règle générale, la voie de l'ordonnance sur requête est ouverte dans tous les cas d'urgence, d'après l'art. 54 du décret du 30 mars 1808. Or, ne sommes-nous pas ici dans un cas d'urgence non équivoque ? Sans doute, mais il ne faut pas oublier qu'il est une autre juridiction spéciale ouverte aux justiciables pour tous les cas d'urgence : le référé devant le président. Faut-il en conclure que, dans notre cas, les deux voies seront simultanément ouvertes, au choix des parties ? Nous ne le pensons pas. Nous avons, dans le chapitre premier du titre II, reproduit une règle de compétence indiquée par M. Bonjean : aux ordonnances sur requête, il appartient de statuer dans les cas d'urgence « qui ne permettent pas d'appeler un contradicteur, soit qu'on n'en connaisse pas, soit que, par exception, il soit indispensable de ne pas prévenir le débiteur de la mesure conservatoire requise contre lui. » Or, au cas actuel : 1^o le requérant connaît fort bien son contradicteur, lequel n'est autre que le requérant originaire qui a obtenu la mesure sollicitée ; 2^o l'on ne voit pas quel intérêt particulier le requérant peut avoir à cacher sa démarche à son adversaire qu'il n'y a aucun danger à prévenir. La contradiction n'étant pas périlleuse à provoquer tout d'abord, selon l'expression de M. Bonjean, la voie du référé est seule ouverte.

M. Bonjean, envisageant la question au point de vue pratique, discute la question de savoir si l'ordonnance sollicitée par la contre-requête doit être rendue, le premier requérant étant présent ou dûment appelé, et conclut d'ailleurs qu'il n'y a pas lieu de convoquer le requérant originaire. La question ne nous semble même pas devoir se poser ; en effet, le caractère essentiel de l'ordonnance sur requête n'est-il pas de se produire en dehors de la présence

de celui contre qui est sollicitée la mesure ? Pour une raison ou pour une autre (les avis sont partagés), la loi écarte l'adversaire, présent ou éventuel, du requérant, et c'est précisément cette absence de contradiction qui fait refuser par beaucoup d'auteurs le caractère contentieux à nos décisions. L'ordonnance sur requête rendue en la présence du requérant originaire, après un débat contradictoire, deviendrait évidemment un acte contentieux ; ce ne serait plus une ordonnance sur requête puisque, d'après les adversaires du caractère contentieux, l'ordonnance sur requête a un caractère essentiellement et exclusivement gracieux. Dès lors, la théorie que nous venons d'exposer cesserait d'être logique : la décision, émanant du pouvoir discrétionnaire, acte d'administration, née en une certaine forme, et dans de certaines conditions, est révocable en la même forme et dans les mêmes conditions. Mais qu'un acte d'administration, discrétionnaire, puisse être révoqué dans ses effets par un acte juridictionnel, contentieux, en une autre forme, cela nous paraît illogique. L'ordonnance sur requête rendue en la présence de l'adversaire devient un acte contentieux ; s'il doit y avoir un débat entre les parties, c'est à la voie du référé qu'il faut recourir.

D'autre part, M. Bonjean fait observer qu'un caractère essentiel de l'ordonnance sur requête est d'être rendue par le magistrat *à l'hôtel*, ou en son cabinet, sans aucune condition de temps, de lieu, d'heure, de délai. Et il ajoute : « Ce mécanisme ne paraît guère acceptable si le défendeur à la première ordonnance provoque devant le Président une discussion contradictoire, qui se produirait sans les conditions de calme et de dignité que la solennité de l'audience publique n'est pas toujours suffisante à garantir. »

Enfin cette solution donne lieu, et M. Bonjean le fait très

judicieusement remarquer, à des difficultés nombreuses et presque inextricables, au cas où le requérant originaire convoqué ne répondrait pas à la citation. Y aurait-il lieu alors d'appliquer les règles du défaut ordinaire? D'admettre l'opposition? Il se pose une foule de questions que le législateur du Code de procédure n'a certes pas prévues et qui paraissent insolubles, précisément parce qu'il faudrait combiner les principes si différents de la juridiction contentieuse (citation et débats contradictoires) avec ceux de ce pouvoir d'administration dont procèdent, d'après les auteurs mêmes de cette théorie, les ordonnances sur requête.

Veut-on se représenter à quelles incertitudes expose ce procédé d'une deuxième ordonnance rendue sur une contre-requête? Examinons une hypothèse : un créancier s'est fait autoriser par le Président à saisir-arrêter une somme entre les mains d'un débiteur de son débiteur; le saisi a en sa possession les preuves de sa libération; il va introduire une requête afin d'obtenir une seconde ordonnance annulant les effets de la première. Mais on conçoit deux façons de rédiger cette requête : 1^o le requérant peut la diriger contre la première ordonnance à laquelle il fait en quelque sorte opposition par voie de contre-requête. Ce n'est d'ailleurs pas là notre cas, puisque les auteurs qui admettent le caractère d'acte administratif, repoussent, à une exception près (M. de Peyramont), toute voie de recours contre une telle décision et la proclament inattaquable; 2^o le saisi dirige la requête contre la mesure ordonnée; il demande l'autorisation de toucher entre les mains du tiers saisi, malgré la première ordonnance. Ici se présentent deux difficultés : d'abord, que fera le tiers saisi qui verra deux décisions opposées? « Va-t-il se constituer juge de la question si controversée de savoir si le Président a ou non le pouvoir de

réformer une première ordonnance ? (Bonjean, *loc. cit.*, p. 38, n° 85). En pratique, et de peur de payer à tort, il refusera de verser les fonds au saisi et voilà la seconde ordonnance dénuée d'effets, le saisi obligé de recourir à un débat contradictoire pour se faire payer et d'amener le tiers saisi en référé. Ce n'est pas précisément simplifier les choses. »

Puis, deuxième difficulté, le requérant originaire ne se trouvera-t-il pas, vis-à-vis de la deuxième ordonnance, dans une situation analogue et ne peut-il pas, à son tour, introduire une troisième requête, tendant à annuler les effets de la deuxième ? C'est, comme le fait remarquer M. Bonjean, la reconstitution du système romain de duplicques, tripliques, etc..... C'est M. Bazot qui nous fournit notre conclusion : « Ce n'est pas de la justice, c'est du désordre. Eh ! quoi ! on suppose que la religion du magistrat aura été surprise par le premier requérant ; mais qui donc peut assurer qu'elle ne sera pas également surprise par le second ? Par deux fois, le Président s'est décidé sur l'exposé d'une seule partie. L'erreur est possible une première fois ; n'est-elle donc pas possible une deuxième fois ? Et quelle différence dans les résultats ! Que la première ordonnance s'exécute et il en résultera peut-être un inconvénient momentané ; que la seconde ordonnance puisse prévaloir sur la première et la conséquence sera souvent irréparable..... »

Nous pensons avec M. Bazot que la solution ci-dessus exposée est inacceptable. Mais pour nous qui, outre le caractère juridictionnel de l'ordonnance sur requête, admettons son caractère contentieux, au moins dans les cas où un contradicteur éventuel existe, où ses intérêts et ses droits peuvent se trouver lésés, il est une autre raison qui nous fait rejeter les deux solutions que nous venons d'analyser :

citation en référé et contre-requête, dirigées non contre la décision, mais contre la mesure autorisée par elle. C'est que le requérant originaire pourra opposer à son adversaire un principe général et dont l'extension nous semble fort possible au cas présent, l'autorité de la chose jugée.

Mais, afin de ne point soulever des protestations universelles, et avant d'aller plus loin dans cette théorie que d'aucuns pourront trouver téméraire, expliquons-nous sur le sens que nous attachons à ces mots. Voici la définition qu'en donne M. Garsonnet : « Une présomption absolue de vérité, en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau ni devant le Tribunal qui a rendu ce jugement, ni même devant aucune autre juridiction ». Or, quand nous parlons d'appliquer ce principe aux ordonnances sur requête, prétendons-nous leur donner une autorité absolue de chose jugée, comme à un jugement définitif, comme à une instance au principal ? Evidemment non. Nous ne pensons pas à imposer au juge du débat au principal, comme ayant autorité de chose jugée, une décision essentiellement provisoire.

Mais de ce que les ordonnances sur requête sont des décisions provisoires, destinées à être soit confirmées, soit anéanties par un débat au principal, ayant des effets définitifs, s'ensuit-il, comme le soutiennent tous les auteurs, que notre présomption légale est absolument inapplicable ? La mesure autorisée ou ordonnée n'a qu'un caractère provisoire, soit ; l'autorité de l'ordonnance sera donc, elle aussi, provisoire. Mais notre décision aura, *au provisoire*, l'autorité de la chose jugée. Nous voulons dire par là que l'adversaire, mécontent de la situation qui lui est faite, ne pourra pas, se présentant devant le Président, solliciter une nou-

velle décision provisoire pour trancher une situation déjà jugée.

Toutes choses égales d'ailleurs, c'est-à-dire aucun changement n'étant survenu dans les faits de la cause, ni dans la position réciproque des parties, l'adversaire ne pourra plus reporter le débat devant la justice que dans une instance au principal et définitive dans ses effets. Une décision, ordonnance sur requête ou sur référé, car toutes deux sont des décisions d'un caractère essentiellement provisoire, a statué sur une situation ; elle doit garder son autorité jusqu'à ce qu'une décision au principal vienne la confirmer ou l'anéantir, ou que l'exercice d'une voie de recours dirigée contre elle remette tout en question.

Voilà comme nous entendons en notre matière les mots *autorité de la chose jugée* ; c'est une autorité qui n'a rien de définitif, *provisoire* en quelque sorte. Nous savons fort bien qu'on donne habituellement à cette expression un sens beaucoup plus énergique, celui indiqué par M. Garsonnet dans sa définition précitée ; c'est pourquoi nous avons tenu à nous expliquer nettement sur ce point. Au reste, nous supposons réunies les trois conditions fondamentales nécessaires pour que l'autorité de la chose jugée se produise : identité de personnes, d'objet, de cause. Ceci posé, voyons si notre application de l'autorité de la chose jugée se justifie et ne trouve d'obstacle ni dans les textes ni dans les principes fondamentaux.

La matière est régie par l'art. 1351 du Code civil : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement : il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité. » Cet article, en

dehors des trois conditions d'identité, suppose qu'il s'agit d'un *jugement*. Mais quel sens donner à ce mot ? Sens large ou sens strict ? Décision judiciaire en général ou spéciale ment telle décision de tel genre de juridiction ?

M. Garsônnet trouve dans ce mot « jugement » les éléments de quatre conditions nécessaires : 1^o il faut qu'il y ait un véritable jugement, c'est-à-dire une décision judiciaire revêtue des formes exigées par la loi, par exemple signée du juge (Requêtes, cassation, 14 juillet 1873. D. 74, 1, 308) ; c'est là une condition qui va de soi ; 2^o qu'il émane d'un tribunal français, ou d'un magistrat français, en un mot d'une juridiction française ; c'est le cas des ordonnances sur requête émanant du Président du tribunal ; 3^o qu'il ait été rendu en matière contentieuse ; nous avons admis avec la jurisprudence récente le caractère contentieux de la plupart des ordonnances sur requête ; 4^o qu'il résolve définitivement un point litigieux. C'est la question débattue ; nous pensons que cette condition est imposée arbitrairement, car elle ne ressort pas expressément, ni même implicitement des termes de l'art. 1351 C. civil ; et elle nous semble en opposition avec les principes logiques qui gouvernent la matière.

L'on reconnaît au principe de l'autorité de la chose jugée un double fondement, l'un d'intérêt particulier, l'autre d'intérêt général.

D'une part, il importe à la partie qui a gagné son procès qu'un moment vienne où le bénéfice du jugement ne pourra plus lui être enlevé. Or il est incontestable que cet intérêt existe aussi pour le bénéficiaire d'une ordonnance sur requête ou sur référé, en un mot d'une décision provisoire. C'est assez pour lui qu'une instance au principal ou que l'exercice de voies de recours menace d'anéantir les ef-

fets de l'ordonnance ; il a droit de conserver le bénéfice de la décision (du jugement, au sens large) qui consacre son droit et de ne pas risquer de perdre ce bénéfice par suite d'une seconde décision provisoire, n'ayant pas plus d'autorité que la première.

D'autre part, il importe que les procès aient une fin et que la chose, bien ou mal jugée, ne soit pas indéfiniment débattue. C'est déjà la doctrine romaine (Dig. L. C. *De ere. rei judic.* XLIV, II. D. L. 63, § 2. Ad. s. c. Trebell. XXXVI, I), et c'est encore celle d'aujourd'hui (Demolombe, t. XXX, n° 279 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis* ; Laurent, t. XX, n° 1 ; Savigny, t. VI, p. 268). Certes, c'est là un motif bien puissant. Or, il est facile de voir qu'il trouve son application aussi bien en ce qui concerne les décisions provisoires que celles définitives ; n'exagérons rien cependant, le motif ne se présente pas avec autant de force pour les décisions provisoires, destinées à être confirmées ou infirmées par un jugement au principal, mais il vaut pourtant la peine d'être pris en considération.

Supposons, en effet, qu'une ordonnance de référé soit rendue par le Président du Tribunal, tranchant un point litigieux entre deux parties. Qui empêchera le plaideur qui se trouvera mécontent de la décision, de reporter à nouveau la situation devant le juge des référés ? L'urgence a été admise une première fois ; elle le sera une deuxième et voilà le juge des référés obligé d'examiner à nouveau, et à fond, le débat déjà tranché par la première ordonnance. Et s'il donne raison par sa deuxième ordonnance au plaideur qui a réclamé contre la première, l'autre ne va-t-il pas soulever pour la troisième fois le débat. Et il n'y a pas de raison pour que cela finisse : les deux parties, à tour de rôle, ramèneront la question en référé, du moins jusqu'à ce qu'une

instance au principal prononce définitivement ; or, la situation provisoire peut durer fort longtemps et même s'éterniser si aucune des parties ne porte la question au principal ; ou bien, ce sera le même plaideur qui, repoussé une fois, reproduira indéfiniment sa demande devant le Président.

Ce que nous venons de dire des ordonnances de référé peut s'appliquer aux ordonnances sur requête dont nous avons admis le caractère juridictionnel et contentieux et les effets provisoires. Aussi nous avons, avec M. Bazot, dont nous avons cité textuellement l'opinion, repoussé le moyen d'une *contre-requête* introduite pour faire statuer à nouveau sur la situation déjà tranchée par la première ordonnance. Pour la même raison, nous rejetons le moyen d'une *citation en référé* dirigée contre la mesure sollicitée et accordée ; c'est encore vouloir faire trancher par une décision provisoire une situation sur laquelle a déjà statué une première décision provisoire, elle aussi, et sur laquelle seule doit se prononcer une décision définitive, une instance au principal, c'est risquer d'éterniser les questions litigieuses.

Si l'on admet l'extension aux décisions provisoires de l'autorité de la chose jugée ainsi entendue, quel sera le rôle du juge⁽¹⁾ ? Très simplifié : il examinera si les trois conditions d'identité de personnes, d'objet, de cause sont réunies ; et s'il les constate, il repoussera la demande par l'exception de la chose jugée. Il dira à la partie qui sollicite une nouvelle ordonnance : « Vous me soumettez une situation qui a été tranchée *au provisoire* par une première

(1) Il va sans dire que nous désignons ainsi le magistrat qui a rendu la première ordonnance et devant lequel on veut reporter la même situation en lui demandant une nouvelle décision provisoire, et non le juge au principal.

décision ; vous voulez obtenir une deuxième décision qui statue *sur la même situation*, et, elle aussi, *au provisoire*. Il est vrai que la première ordonnance n'a pas d'effets définitifs et que, si les circonstances avaient apporté dans les faits quelques modifications, une deuxième décision serait possible ; mais, toutes choses égales d'ailleurs, la première décision doit garder son autorité jusqu'à un jugement *au principal*, ayant des effets définitifs. Il y a *chose jugée au provisoire*. »

D'ailleurs, cette autorité, ainsi comprise, de la chose jugée au provisoire semble admise par le Code de procédure civile, au moins en matière de référé ; en effet, la loi organise contre ces ordonnances une voie de recours, l'appel ; ce qu'elle n'aurait pas fait si la partie intéressée pouvait, comme et quand elle veut, reporter la situation devant le juge des référés.

D'autre part, la jurisprudence admet que les ordonnances de référé ne peuvent être rapportées ou modifiées par le magistrat qui les a rendues, sans qu'aucun changement soit survenu dans les faits de la cause ou dans la situation des parties (Paris, 27 avril 1844. D. suppl^{re}, v^o référé, n^o 94) ; que l'ordonnance de référé, une fois rendue, appartient aux parties, sauf l'exercice des voies de recours possibles contre la décision même.

Il doit en être de même pour les ordonnances sur requête ; il est vrai que le contradicteur éventuel n'a pas été appelé, ce n'est pas une raison suffisante. On a craint, en le convoquant, en lui dévoilant la requête, de le mettre à même de rendre inefficace la mesure sollicitée, il n'y en a pas moins eu une décision au provisoire, rendue par le juge après examen de la question, et qu'une seconde décision, également provisoire, ne saurait anéantir dans ses effets, n'ayant

pas plus de force. Il y a chose jugée au provisoire. Que devra faire dès lors la partie atteinte dans ses intérêts ? Attaquer franchement l'ordonnance par une des voies de recours dont la nécessité d'existence se trouve affirmée une fois de plus.

Maintenant que nous avons, en vertu de ce principe, écarté les deux moyens, véritables succédanés, proposés par certains auteurs pour remplacer les voies de recours qu'ils n'admettent pas, revenons à la question de l'admission en principe des voies de recours contre les ordonnances sur requête. Résumons les systèmes :

1^o Nous avons dit que les partisans de la juridiction gracieuse proclament l'ordonnance souveraine, irréfragable ; c'est un des partis extrêmes.

2^o M. Cazalens, M. Crépon et M. Bonjean admettent, sauf de légères variantes, le principe général des voies de recours ; c'est le parti opposé.

3^o M. de Peyramont, tout en adoptant le principe du pouvoir discrétionnaire du Président statuant sur requête, admet largement les voies de recours contre ses décisions.

4^o M. Bertin repousse tout recours contre la décision irréfragable, mais l'admet contre la situation créée par elle.

5^o M. Bazot repousse en principe toute voie de recours, mais il admet l'appel en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir du Président. Nous discuterons cette théorie dans la section troisième du chapitre III du présent titre.

6^o Enfin, M. Rodière propose une distinction qu'il nous semble difficile d'adopter. Voici en quels termes : « Il est des ordonnances qui ne sont sujettes à aucun recours ; ce sont celles qui *ne peuvent causer aux parties un préjudice sérieux* et dont l'effet est toujours réparable en définitive. On dit sans cesse : pas d'intérêt, pas d'action. On peut dire

aussi : pas de grief, pas de recours. Au contraire, l'ordonnance peut être attaquée toutes les fois qu'elle cause à l'une des parties un préjudice sérieux. » (Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, p. 158 et s.).

Il nous semble que M. Rodière a trouvé là un *criterium* bien insuffisant. Où commence le préjudice sérieux ? Où finit le préjudice insignifiant ? Question de fait, question d'appréciation toute personnelle. Et l'on voit de suite à quelles divergences d'opinion l'on peut arriver, dans les lignes qui suivent celles précitées, et où l'auteur présente comme causant un grave préjudice l'ordonnance fixant une audition de témoins à un jour trop rapproché, tandis qu'il relègue dans la catégorie des ordonnances non sérieusement préjudiciables celle autorisant une saisie-arrest. Or, nous avons vu que cette dernière ordonnance est une de celles qui peuvent entraîner les conséquences les plus graves pour celui contre qui elles sont accordées.

Nous estimons donc que la distinction proposée est bien dangereuse dans l'application et doit être rejetée.

Nous avons dit que nous nous rallions au système de M. Cazalens en ce qui concerne la nature juridique de l'ordonnance sur requête ; nous pensons que, dès qu'il y a contradiction éventuelle, l'ordonnance revêt le caractère contentieux. Dès lors, le principe de la légalité des voies de recours est posé. Reste à savoir à laquelle des voies de recours organisées par le Code de procédure il faut recourir. C'est là l'objet du chapitre III.

CHAPITRE III

EXAMEN DES DIFFÉRENTES VOIES DE RECOURS ; LEUR APPLICATION AUX ORDONNANCES SUR REQUÊTE.

SECTION PREMIÈRE

Opposition.

L'opposition est-elle ouverte contre les ordonnances sur requête ? C'est là une question controversée à l'extrême et qui divise la doctrine et la jurisprudence en deux camps comptant chacun de distingués partisans.

L'opposition a été admise pour la première fois en notre matière par un arrêt de la Cour de Bordeaux (Deville neuve et Carette, 1^{re} série II, 316) du 16 août 1817 qui pose ainsi le principe : « Considérant que la voie de l'opposition est la forme de procéder autorisée par nos lois pour faire rétracter un jugement ou une ordonnance qui est opposée à une partie qui n'a pas été entendue ; que cette voie est la seule qui puisse être employée devant les premiers juges ; que la loi a voulu qu'elle fût épuisée avant de recourir à l'autorité supérieure puisque l'appel n'est pas recevable pendant le délai d'opposition ; qu'il faut une disposition expresse de la loi pour interdire la faculté de faire opposition à un jugement qui gêne l'exercice de nos droits..... ; que soit qu'une partie ait été assignée, soit qu'elle ne l'ait pas été, la faculté de former opposition est de droit si elle n'est formellement prohibée ; que notre législation serait incomplète si un acte quelconque, émané de l'autorité judiciaire, pouvait

devenir un perpétuel obstacle à l'exercice du droit de celui qui n'aurait été ni entendu, ni appelé à se défendre. »

Voilà donc le principe posé en des termes bien nets et dont la généralité n'exclut pas la précision ; tous les jugements, au sens large du mot, c'est-à-dire toutes les décisions judiciaires, rendues à l'encontre d'une partie non entendue, alors même qu'elle n'aurait pas été appelée, qu'elle ne devait pas l'être, sont soumis à la voie de l'opposition. Nous remettons à la fin de cette section l'examen de ce principe qui, posé tel quel, nous paraît trop général et sujet à des distinctions.

L'opposition a été défendue par le professeur Naquet dans une note parue au Sirey (S. 72, 2, 289) à l'aide de deux sortes d'arguments : un argument historique et des arguments de texte.

I. Notre ancien droit permettait de se pourvoir par opposition contre une décision *rendue sur requête* et les principes, n'ayant pas été abrogés, doivent produire encore leur effet. Art. 2 de l'ordonnance de 1667 (avril), titre XXXV. « Permettons de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition contre les arrêts et jugements en dernier ressort, auxquels le demandeur en requête n'aura été partie ou dûment appelé, et même contre ceux donnez sur requête. »

L'on a opposé à cet argument que l'art. 2 en question vise des décisions essentiellement contentieuses et non des décisions gracieuses comme les ordonnances sur requête ; c'est retomber dans la question déjà traitée de la nature juridique de ces décisions. Nous pensons que la plupart d'entre elles, étant susceptibles de léser des intérêts ou des droits particuliers au profit d'autres intérêts particuliers, appartiennent à la juridiction contentieuse, et dès lors l'objection manque.

On répond alors que nous ne sommes plus soumis à l'ordonnance de 1667, qui n'a pas été formellement consacrée par le législateur de 1807. Mais il est certain que le Code de 1807 a imité l'ordonnance de 1667, en reproduisant ses règles et même ses locutions ; il est logique de penser qu'en même temps, il a reproduit ses principes, et que ceux-ci peuvent au moins être invoqués dans l'interprétation de notre matière (1).

L'argument historique ainsi présenté nous semble probant ; nous aurons seulement à examiner un peu plus loin si les textes cités doivent s'appliquer à l'opposition proprement dite.

II. M. Naquet invoque ensuite divers arguments de texte ; ce sont des dispositions du Code de procédure civile dans lesquelles il prétend trouver la confirmation de son opinion.

A. — Art. 192, C. proc. civ. : « En cas d'opposition, l'incident sera réglé sommairement ; si l'avoué succombe, il sera condamné personnellement aux dépens de l'incident, même en tels dommages-intérêts et peines qu'il appartiendra, suivant la nature des circonstances. » Cet article se rattache étroitement à l'art. 91 C. proc. civile : « Si, après l'expiration du délai, l'avoué n'a pas rétabli les pièces, il sera sur simple requête, et même sur simple mémoire de la

(1) M. Bonjean complète la discussion en citant des textes de Pigeau qui semblent décisifs. « L'opposition est une voie par laquelle on s'oppose à l'exécution d'un jugement par défaut dont on demande la réformation aux juges mêmes qui l'ont prononcé. La facilité qu'il y a souvent d'obtenir un jugement *sans que la partie en soit suffisamment avertie* et les *dangers des surprises* ont fait établir cette voie. » (*Procédure du Châtelet* t. I, p. 189). Ces deux expressions semblent bien s'appliquer aux ordonnances sur requête. « Comme on peut avoir à se plaindre de toutes sortes de jugements, on peut appeler de tous. Ainsi on le peut.... d'une ordonnance du juge rendue sur requête (cod. loco, t. I, p. 499). On peut appeler quoiqu'on ait la voie de l'opposition... » (cod. loco, t. I, p. 502).

partie, rendu ordonnance portant qu'il sera contraint à ladite remise, incontinent et par corps..... » Voilà donc un cas d'ordonnance sur requête où la loi admet l'opposition ; et même, dans l'art. 192, elle semble considérer cette voie de recours comme normale.

M. Bazot, loin d'y voir une mesure générale, soutient que l'opposition est ouverte ici exceptionnellement en raison de la gravité extraordinaire de la mesure autorisée ; il refuse d'assimiler la plupart des ordonnances sur requête, ne contenant que des mesures conservatoires, à l'ordonnance prescrivant la restitution des pièces, à cause de la gravité des sanctions des art. 191 et 192.

M. Bonjean répond que bon nombre d'ordonnances sur requête ont une portée aussi grave et que, dès lors, elles peuvent et doivent comporter aussi cette sanction ; que, d'ailleurs, si l'opposition est incompatible avec la nature de l'ordonnance, ce ne sont pas les conséquences plus ou moins sérieuses, élément contingent, qui peuvent modifier cette incompatibilité résultant des conditions d'exercice du pouvoir présidentiel, élément abstrait.

B. — Art. 263. C. proc. civ. — « Les témoins défaillants seront condamnés par ordonnances du juge-commissaire, qui seront exécutoires nonobstant opposition ou appel, à une somme qui... ». C'est l'admission du droit d'opposition, portée devant le juge-commissaire lui-même, qui peut en décharger le témoin (art. 265, C. proc. civ.).

L'on a fait observer avec raison que l'ordonnance ici joue un rôle tout différent et qu'il y a là une véritable pénalité édictée contre le témoin défaillant. Il n'y aurait donc aucune analogie à invoquer en des matières essentiellement différentes. L'on peut même dire que le juge-commissaire exerce un pouvoir spécial en ce cas. Il est vrai que l'oppo-

sition est bien admise par la loi au profit de personnes qui n'ont été pas été appelées à discuter l'ordonnance et à se défendre ; mais nous sommes ici en matière vraiment pénale, nous pensons qu'il n'y a pas d'argument à tirer de ce texte absolument spécial.

C. — Art. 417 C. proc. civ. « Dans les cas' qui requerront célérité, le Président pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure. Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant *opposition ou appel*. »

M. Bazot présente contre l'argument d'analogie tiré de ce texte la même objection citée plus haut et se base sur le caractère exceptionnellement grave des conséquences d'une telle décision pour voir dans l'opposition une voie de recours, accordée cette fois en raison de cette situation, et par extraordinaire, mais par là même refusée dans tous les autres cas. *Qui dicit de uno negat de altero*. La réponse à faire à cette objection est la même que celle déjà faite il y a quelques lignes.

L'interprète se trouve évidemment pris entre deux raisonnements opposés : l'un, voulant ne voir dans les art. 192 et 417 que des exemples, des cas particuliers se rattachant à une règle générale, argument d'analogie ; l'autre, y voyant des exceptions à une règle générale rejetant cette voie de recours, argument *a contrario*. Seulement il y a à faire, spécialement en ce qui concerne l'art. 417 C. proc. civ., une remarque toute en faveur de l'admission de l'opposition. C'est que le texte n'a pas pour but d'organiser une voie de recours pour le cas particulier qu'il vise ; il déclare seulement que : « ses ordonnances seront *exécutoires nonobstant opposition ou appel* », ne règle que l'exécution de la décision et semble bien s'en référer au droit commun quant à l'admission de voies de recours.

L'argument d'analogie semble donc bien sérieux. Et si l'on voulait tirer un argument *a contrario* de ce texte, quel serait il ? Qu'en règle générale, les ordonnances sur requête ne sont « *pas exécutoires* nonobstant opposition ou appel », ce qui serait encore admettre ces voies de recours comme de droit commun en notre matière.

Tels sont les arguments exposés par le professeur Naquet ; l'on en a encore invoqué d'autres, celui-ci par exemple : la loi a eu soin de fermer la voie de l'opposition lorsque la partie a été présente ou appelée, par exemple au cas d'ordonnance rendue après tentative de conciliation en matière de divorce. Mais, de ce que, dans l'art. 238 C. civ., la loi interdit l'opposition, il ne s'ensuit pas, croyons-nous, qu'elle l'autorise d'une façon absolue et générale lorsque l'ordonnance a été rendue sans appeler la partie adverse.

M. Bonjean se déclare partisan résolu de l'opposition et il a apporté en sa faveur de nouveaux arguments tendant à combattre les objections faites à ce système. Voyons d'abord ces objections :

1^o L'on a invoqué par analogie l'art. 809 C. proc. civ., qui interdit l'opposition en matière de référé ; donc, par analogie, il faudrait la rejeter pour les ordonnances sur requête. Ici encore, nous sommes en présence de deux théories adverses : l'une soutenant que la loi admet en principe l'opposition puisqu'elle juge nécessaire de prendre une disposition expresse pour l'interdire dans les cas où elle veut la repousser ; l'autre, prétendant que les deux matières des ordonnances sur requête et sur référé sont voisines, et essentiellement liées : même magistrat, mêmes formes de procéder, même rapidité, même économie, que « *la rapidité* des assignations en référé est *telle* qu'un défaillant en cette matière doit être considéré comme n'ayant *pas été sensible* ».

ment plus en mesure de se défendre que le tiers non appelé par la requête. » Cet argument d'analogie paraît extrêmement faible à M. Bonjean qui ne se contente pas d'une ressemblance « sensible » entre ces deux situations.

L'argument pourtant ne nous semble pas dénué de toute portée. Il est certain qu'entre les deux matières il y a de grandes analogies ; il est non moins certain que, entre une ordonnance sur référé et une sur requête, la première de ces décisions semble le plus susceptible d'opposition, d'après la notion générale de cette voie de recours, puisqu'elle est faite pour les défauts, et qu'il n'y a défaut qu'autant qu'il y a une citation à laquelle on ne répond pas. D'ailleurs quel est le motif qui fait écarter l'opposition en matière de référé ? « C'eût été manquer le but de cette procédure que d'autoriser le défendeur en faisant volontairement défaut, à venir ensuite arrêter, paralyser par une opposition l'exécution d'une affaire dans laquelle il importe avant tout de prévenir des lenteurs. » (Boitard. *Leçons de procédure civile*, t. II, p. 473, n° 1071). Or le même motif, la nécessité d'écarter tout retard se reproduit en matière d'ordonnances sur requête, où la même célérité est désirable.

Seulement l'argument ne nous paraît pas tout à fait probant, parce que l'art. 809, après avoir fermé la voie de l'opposition, s'empresse d'ouvrir celle de l'appel contre les ordonnances de référé ; tandis qu'elle ne l'ouvre pas expressément contre les ordonnances sur requête et qu'il est même fort douteux que l'on puisse l'admettre en cette matière.

2° Voici maintenant le deuxième argument dirigé contre l'opposition : cette voie est ouverte par la loi contre les *jugements par défaut, aux défaillants* ; or il n'y a défaut, il n'y a défaillant qu'autant que l'adversaire a été bien et dûment appelé devant le juge, qu'il lui a été loisible de se dé-

fendre, d'exposer ses moyens et qu'il n'a pas répondu à la convocation, soit faute de se présenter, soit faute de conclure. Or, en notre matière, le tiers contre lequel la mesure a été sollicitée n'a pas été appelé; bien plus, il ne devait pas l'être. Peut-on dire dès lors qu'il soit un défaillant? Peut-on assimiler une ordonnance sur requête à un jugement par défaut? Non; et, par suite de l'interprétation restrictive en matière de voies de recours, l'opposition doit être rejetée. L'argument nous paraît des plus sérieux, et même à vrai dire irréfutable. Si l'on s'en tient au sens juridique du mot *opposition*, il faut reconnaître que ce n'est pas ici le cas de l'accepter. Il ne saurait y avoir de défaillant là où il n'y a pas eu d'adversaire appelé; il ne saurait y avoir opposition s'il n'y a pas de défaillant.

M. Bonjean a opposé à ce raisonnement les arguments suivants, tirés de la logique, des textes et des principes :

I. — Il y a, dit-il d'abord, plus qu'un argument d'analogie, mais un véritable argument *a fortiori* en faveur de l'opposition, Comment? Le Code de procédure prend tant de précautions pour qu'une décision ne puisse pas nuire au défaillant sans qu'il ait été mis en mesure de réparer ses négligences, peut-être impardonnables, peut-être systématiques, et il serait moins favorable à celui qui n'a pas été appelé! Un débiteur est assigné, il ne prend pas la peine de constituer avoué, il néglige absolument de répondre à l'appel qui lui parvient, et l'opposition lui est ouverte. Et elle serait fermée à l'intéressé qui n'a commis aucune faute, aucune négligence, qui n'a même pas été assigné, au cas d'une ordonnance sur requête! N'est-ce pas illogique et monstrueux, et l'opposition ne doit-elle pas être ouverte au moins aussi largement à ce dernier?

L'on ne peut que s'associer au sentiment qui a dicté ces

paroles ; néanmoins nous ne pensons pas qu'il soit possible d'admettre ce recours. La loi a nettement défini l'opposition ; le Code de procédure en traite dans un titre intitulé : « Des jugements par défaut et oppositions », indiquant par là même qu'il n'admettait cette voie de recours que contre les jugements par défaut. Or, l'article 148, qui vise les deux cas de défaut, faute de comparaître et faute de conclure, suppose évidemment qu'il y a eu une assignation préalable ; et la place même du titre VIII, l'ordre suivi par le Code de procédure, qui prend l'instance dès son début pour la suivre jusqu'à la fin, l'indiquent d'une façon non douteuse.

II. — L'art. 580 du Code de commerce dispose que : « Le jugement déclaratif de faillite et celui qui fixera à une date ultérieure l'époque de cessation des paiements seront *susceptibles d'opposition* de la part du failli dans la huitaine. » Or, dit M. Bonjean, la situation du failli est la même que celle de la partie lésée par l'ordonnance sur requête, car il n'a pas été appelé à se défendre. Nous croyons qu'il faut voir là non pas l'opposition du titre VIII du livre II, 1^{re} partie, C. proc. civ., mais bien la tierce opposition ; et la meilleure preuve, c'est que l'art. 580 C. co. ajoute : « et de la part de toute autre partie intéressée pendant un mois. (En ce sens : Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. V, p. 710, n° 1155 ; Bravard et Demangeat, *Droit commercial*, t. V, p. 648 ; Alauzet, *Droit commercial*, t. VI, n° 2851 ; Lyon Caën et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 2617 ; Bédarride, *Des faillites et banqueroutes*, t. III, n° 1185, Paris 17 mars 1858, D. 58, 2, 121).

III. — Les art. 697, 776 et 969 C. proc. civ. sont encore invoqués par M. Bonjean. Les deux premiers refusent en deux cas particuliers toute voie de recours contre des or-

donnances sur requête. C'est donc, dit-on, qu'en général, il en est autrement. Mais, en admettant la justesse de ce raisonnement, il ne prouve rien spécialement en faveur de l'opposition.

L'art. 969 C. proc. civ. soustrait les ordonnances rendues par le Président sur requête, en matière de partages et licitations pour remplacer le juge ou le notaire empêchés, à l'opposition et à l'appel. Nous pensons qu'il s'agit ici, comme dans l'art. 580 C. co., plutôt d'une tierce opposition que d'une opposition proprement dite.

IV. — Enfin M. Bonjean invoque les principes imprescriptibles du droit : « La faculté de se défendre ne peut être interdite à personne (L., 7, C., *De jure fisci*). On ne doit pas permettre au demandeur ce qui n'est pas permis au défendeur (L., 41, D., *De reg. jur.*) » Et voici Boncenne : « Un principe gravé sur tous les monuments de notre législation consacre le *droit d'opposition* en faveur de toute partie dont les intérêts ont été compromis, *sans qu'il lui ait été possible de se défendre* et ce principe doit s'appliquer surtout à *un acte émané d'un seul juge; à qui n'a pu se faire entendre*, le droit commun ouvre la *voie de l'opposition*; elle ne peut être fermée que par un texte précis. » Et ailleurs : « Voilà des principes immuables qui ont dû éclore chez les peuples en même temps que les idées primitives de procès, de juge, de jugement. Il n'y a ni justice, ni sécurité, ni ordre là où ils sont méconnus. »

Nous sommes loin de vouloir méconnaître le principe imprescriptible du droit à la défense; mais il n'existe pas qu'une voie de recours, l'opposition. Et quant au texte de Boncenne, il nous semble s'appliquer beaucoup plus exactement à *la tierce opposition* qu'à l'opposition elle-même; les mots « sans qu'il lui ait été possible de se défendre » et

« à qui n'a *pu* se faire entendre » semblent viser le cas d'une personne non appelée bien plus que le cas d'un défaillant régulièrement assigné.

Nous concluons donc en repoussant l'opposition, quitte à examiner plus tard si, ce que nous croyons, la tierce opposition est admissible contre les ordonnances sur requête. Au reste, beaucoup d'auteurs ont confondu opposition et tierce opposition et n'en ont fait qu'une seule et même chose ; c'est peut-être ce qui explique que M. Bonjean ne consacre aucune partie de son ouvrage considérable à l'examen de la tierce opposition. La distinction cependant nous paraît devoir être faite et plusieurs auteurs l'ont admise (En ce sens, Garsonnet. t. VII, *loc. cit.*). Et la question ne nous semble pas dénuée de tout intérêt pratique, car la loi fixe pour l'exercice de l'opposition des délais que l'on ne retrouve pas dans les dispositions du Code de procédure concernant la tierce opposition.

Quoique repoussant en principe l'opposition, nous chercherons cependant sous quelle forme elle peut se produire, afin de n'être pas incomplet dans l'examen de la question. En admettant que l'opposition soit recevable, comme l'ont admis nombre d'auteurs et plusieurs arrêts, comment se produira-t-elle ? Devant le Tribunal ou devant le Président ? Sur requête ou sur référé ?

1^o L'opposition doit elle être portée devant le Tribunal tout entier ? Cette opinion a été soutenue par M. de Peyramont devant la Cour de Cassation. Deux arguments étaient invoqués par lui :

I. Un argument de texte tiré de l'art. 4028 C. proc. civ. : « Il ne sera besoin de se pourvoir par appel ni par requête civile dans les cas suivants..... Dans tous ces cas, les parties se pourvoiront par opposition à l'ordonnance d'exécution,

devant le Tribunal qui l'aura rendue et demanderont la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral ». Voilà, dit-on, un cas où il y a opposition faite à une ordonnance sur requête et portée devant le Tribunal, et ce n'est là que l'application d'une règle générale.

L'on pourrait répliquer que, si la loi fixe spécialement en ce cas la compétence du Tribunal tout entier, c'est par exception à une règle générale, et qu'au cas de silence du Code de procédure, par un argument *a contrario*, le Tribunal ne doit pas être juge de l'opposition. Mais il y a mieux. Un grand nombre d'auteurs démontrent qu'il ne s'agit pas dans l'art. 1028 d'une véritable opposition à l'ordonnance. Ils font observer en ce sens : 1^o que la rédaction de l'art. 1028 est si obscure que l'on n'en saurait tirer un argument sérieux ; car ce n'est pas le Tribunal qui a rendu l'ordonnance d'*exequatur*. 2^o que l'on demande la nullité, non pas de l'ordonnance, mais de la sentence arbitrale. 3^o que Mallarmé devant le Tribunal s'exprimait ainsi : « Au lieu de cette voie longue et périlleuse, le projet en ouvre une courte et facile pour *empêcher l'exécution* de ces jugements » ; ces jugements, c'est-à-dire les sentences arbitrales et non les ordonnances. M. Boitard conclut : « L'opposition est dirigée non contre l'obtention de l'*exequatur*, mais contre les poursuites que l'on voudrait faire pratiquer en vertu de cet *exequatur*. » (Boitard. *Leçons de procédure*, t. II, n^o 1211, p. 632). En ce sens : Bertin, *loc. cit.* ; Bonjean, *loc. cit.*, p. 50, n^o 108.

II. M. de Peyramont invoquait aussi la jurisprudence : trois arrêts de Cassation : 2 mai 1837, S. 37, p. 510 ; 20 mai 1840, S. 40, p. 606 ; 26 juillet 1854, S. 54, p. 545. Mais la Cour suprême, dans ces arrêts, n'a pas reconnu le principe de l'opposition portée devant le Tribunal ; elle n'a fait que

consacrer le droit pour les parties de faire tomber dans un *débat au principal* la mesure provisoire.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 26 novembre 1867 ne sanctionna pas la théorie de M. de Peyramont ; il reconnut au contraire que « aucune disposition n'autorise les parties à demander directement au Tribunal l'annulation des ordonnances ainsi rendues et qu'il serait aussi *contraire à la dignité de la justice* qu'à *l'ordre des juridictions* qu'un Tribunal pût être rendu juge de la légalité des actes du magistrat placé à sa tête. »

La solution qui s'impose est donc celle-ci : porter l'opposition devant le Président ; elle est d'ailleurs conforme aux principes généraux. Si l'on admet *a priori* l'opposition, il est logique qu'elle soit portée devant la juridiction même qui a rendu la décision attaquée. Le Président se livrera à un nouvel examen des faits et pourra statuer à nouveau d'une façon plus éclairée.

Les adversaires de l'opposition devant le Président objectent que celui-ci va se trouver appelé à statuer sur l'opposition alors que l'ordonnance entreprise émane de lui ; qu'il a déjà jugé la question et ne saurait que confirmer sa première décision. Mais le magistrat statuant sur opposition entendra les observations de la partie opposante ; il avait statué rapidement et sans contradiction, sur requête, rien n'empêche que, après un examen nouveau des faits, avec de nouveaux éléments d'appréciation, éclairé par une documentation plus complète, il ne revienne sur sa première décision.

M. Bonjean répondant à l'objection conclut : « Je ne crois cette observation ni sérieuse ni juridique ; et d'ailleurs en admettant même que le Président persistât à tort dans sa première décision, la voie de l'appel ne serait-elle pas ouverte ? »

2° Sous quelle forme doit se produire l'opposition. Car l'on conçoit deux façons de saisir le Président : par un référé ou par une requête.

L'opposition ne doit pas être introduite par une requête sollicitant une ordonnance réformatrice. En effet, elle doit aboutir à un débat *contradictoire*, propre à éclairer la religion du juge et le caractère essentiel de la requête est d'aboutir à un débat *unilatéral*, c'est-à-dire hors la présence de l'adversaire, *systématiquement*. Or nous avons déjà démontré que la voie unilatérale ne peut être employée : l'usage des ordonnances sur requête doit se restreindre aux cas où il est impossible ou trop dangereux de citer l'adversaire, ce qui n'a pas lieu actuellement. L'opposition devant aboutir à un débat contradictoire doit se produire par la voie du référé (En ce sens : Bonjean, Cazalens, Crépon, *loc. cit.*).

Il existe en ce sens un arrêt très précis de la Cour de cassation, en date du 18 mai 1860, conforme au système général de M. de Peyramont, ainsi rédigé : « Attendu que l'ordonnance rendue le..., *bien qu'émanée du pouvoir discrétionnaire*, pouvait en cas d'opposition *devenir l'objet d'un référé* devant le même magistrat... ».

Au reste, la question semble tranchée aujourd'hui : les auteurs qui admettent l'opposition sont d'accord (et la jurisprudence avec eux) pour reconnaître que l'opposition doit se produire devant le Président en référé. Et dès lors, l'ordonnance, réformatrice, ou confirmant la première, étant *rendue en référé*, en juridiction indiscutablement *contentieuse*, est susceptible à son tour de la voie de recours ouverte par l'art. 809 C. proc. civ., *l'appel*.

SECTION DEUXIÈME

Réserve d'en référer.

La « réserve d'en référer » n'est qu'un expédient destiné à obvier aux dangers des décisions prises hors la présence de la partie intéressée à contredire et, d'après certains auteurs, non susceptibles de voies de recours. C'est précisément l'un de ces auteurs, M. de Belleyne, qui a créé la théorie de la réserve d'en référer et l'a longuement développée. La question, en jurisprudence, s'est posée le plus fréquemment en matière d'ordonnance autorisant une saisie-arrêt; mais, comme le fait observer M. Bonjean, la théorie est applicable à toutes les ordonnances sur requête et doit être examinée d'une façon générale.

M. de Belleyne pose le principe de la réserve d'en référer dans les termes suivants : « Le Président doit, en permettant de former opposition, réserver à la partie saisie le droit d'en référer au cas de difficulté. Cette réserve est le remède nécessaire aux abus des oppositions, afin de pouvoir vérifier par les explications contradictoires des parties si elle est fondée... Un débat contradictoire est le principe d'une bonne justice et puisqu'on ne peut appeler avant l'opposition le débiteur qui pourrait détourner le gage, il ne reste pour établir ce débat que la réserve d'en référer... Cette réserve est la conséquence des autorisations accordées sur requête par le Président, elle est comprise dans l'étendue des droits que la loi lui confère, car la loi ne met aucune limite au pouvoir qu'elle accorde et la réserve lui permet d'en régler l'usage; sans la réserve, il refusera sur un simple doute, sur une légère crainte, et le créancier qui conteste cette réserve en éprouvera un préjudice. La réserve d'en référer n'est contraire à aucune disposition de la loi; le Président

peut donc donner une autorisation absolue ou partielle, conditionnelle et sans réserve. La loi donne le droit d'en référer en matière de saisie-conservatoire, de saisie foraine, de saisie-revendication... Le Président peut, non seulement réduire la quotité de la créance et autoriser à toucher en déposant les causes de l'opposition, mais encore permettre de recevoir la totalité de la somme saisie-arrêtée. Enfin, le créancier, en exécutant l'ordonnance, accepte cette réserve et devient non recevable à la contester. »

Voilà le principe posé et expliqué ; dans un instant, nous examinerons les objections qui ont été faites à cette théorie et la légalité de cette réserve. M. de Belleyne, continuant, cherche à étayer sa théorie sur l'idée d'un contrat judiciaire : « Le Président, profondément convaincu de la nécessité de la réserve d'en référer, *exige* que la requête contienne l'offre et le consentement d'en référer en cas de difficulté, et non s'il y a lieu, *pour former le contrat judiciaire*, et afin que le créancier ne puisse prétendre avoir *accepté cette condition irrégulière* comme *contraint et forcé* et soutenir plus tard qu'il n'y a lieu d'en référer. »

M. Bonjean fait observer, et avec raison, que, d'abord, il ne doit pas s'agir ici d'un contrat judiciaire ; qu'en effet, le caractère essentiel de l'ordonnance sur requête est le caractère unilatéral de cette décision ; qu'en supposant qu'un contrat puisse se former, ce serait donc en violation des principes essentiels de la matière ; que M. de Belleyne a donc raison seulement en ce qu'il traite cette condition d'« irrégulière ». En outre, une condition irrégulière ne doit ni ne peut juridiquement être imposée par le Président. Au reste, si le Président *exige* que cette offre soit faite dans la requête, le consentement du requérant cesse d'être libre, puisqu'il ne consent que sous la crainte de voir

le Président repousser sa requête. Enfin, en admettant que le consentement du requérant existe bien, l'on se demande où prendre le consentement de l'autre partie, de celle qui pourra user de la réserve insérée dans l'ordonnance. La partie intéressée n'est pas présente : comment donc un contrat judiciaire pourrait-il se former avec elle ? Dira-t-on que le contrat se passe entre le requérant et le Président ? Solution étonnante ! A-t-on jamais vu un contrat judiciaire se former entre l'une des parties et le juge ? Ou alors le magistrat, ce faisant, ne va-t-il pas stipuler pour autrui, c'est-à-dire d'une façon non valable ?

Nous nous associons pleinement à ces critiques et nous pensons que la réserve d'en référer ne saurait reposer sur l'idée d'un contrat judiciaire. Mais il nous faut maintenant examiner le caractère de légalité de cette réserve.

Cette légalité a été vivement contestée par les partisans de l'ordonnance irréfragable et du pouvoir discrétionnaire. Voici d'abord l'argumentation de M. Bertin : « Le moyen (la réserve insérée) était ingénieux, mais il avait le tort d'être en contradiction avec des principes incontestables et incontestés. L'autorisation sur requête est un acte d'administration judiciaire qui ne peut être attaqué ni par l'opposition ni par l'appel ; le Président ne peut créer en faveur de celui dont les intérêts peuvent être lésés par l'autorisation sur requête un droit d'opposition incompatible avec la nature de cette autorisation. La faculté donnée à la partie intéressée de contester l'autorisation, d'en demander et d'en obtenir la réformation par le Président qui l'a donnée ne peut être que la concession du droit d'opposition.

» L'irrégularité du système de M. de Belleyne peut être facilement démontrée. La loi a conféré aux Présidents des tribunaux le pouvoir de *permettre* que certaines mesures

conservatoires soient pratiquées par suite d'autorisation sur requête. C'est sur requête que le Président doit statuer, car c'est seulement lorsqu'il se trouve en présence d'une seule des parties intéressées qu'il a le droit de faire acte de juridiction gracieuse et d'exercer son pouvoir discrétionnaire. L'application du système de M. de Belleyne a pour résultat deux décisions : la première intervenant sur requête, la deuxième rendue après citation donnée et explications contradictoirement produites par l'une et par l'autre des parties intéressées. Cette seconde décision se produisant dans des circonstances complètement différentes de celles qui ont précédé la première, le Président qui statue en présence de tous les éléments constitutifs du contentieux excède évidemment les limites de sa compétence puisque la loi lui impose le devoir de ne statuer au gracieux que sur requête.

» Cette deuxième décision est critiquable à un autre point de vue : il est incontestable que l'autorisation sur requête, qui n'est qu'un acte d'administration judiciaire, ne peut être attaqué ni par la voie de l'opposition, ni par celle de l'appel ; or, lorsque dans sa première décision le Président mentionne qu'il ne statue que provisoirement et conditionnellement ; lorsqu'il sollicite la contradiction de celui dont les droits et les intérêts peuvent se trouver lésés par la mesure autorisée ; lorsque, par la réserve de lui en référer, il provoque un débat contradictoire, il est certain qu'il crée contre sa première autorisation un droit de recours qui ne saurait être que le droit d'opposition, incompatible avec la nature de l'ordonnance sur requête. Les droits de recours sont formulés par la loi. Ils existent pour tous ou n'existent pour personne : le système de M. de Belleyne a pour conséquence nécessaire cet étrange résultat que le Président

peut, *arbitrairement*, créer un droit de recours contre la décision qu'il a rendue et qu'il peut accorder ce droit de recours aux uns et le refuser aux autres.

» Le système de M. de Belleyme avait, d'ailleurs, le très grave inconvénient de méconnaître la nature de l'autorisation sur requête en amalgamant les éléments du contentieux avec ceux du gracieux, contrairement aux principes de la matière et au texte de loi qui ne permet au Président d'exercer son pouvoir gracieux que *sur requête*.... Chauveau s. Carré (quest. 1932 et 2757 bis. Suppl., n° 1954) a soutenu avec raison que le Président devait se borner à refuser l'autorisation ; qu'il ne pouvait fractionner l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, statuer conditionnellement, en se conservant la faculté de statuer à nouveau, après avoir entendu les réclamations de l'adversaire. »

M. Bazot, de son côté, adresse à la réserve d'en référer une critique non moins vive : « On enseigne généralement que le magistrat, investi de la juridiction discrétionnaire, statue dans les conditions spéciales indiquées par la loi et qu'après avoir rendu ainsi son ordonnance, il a épuisé ses pouvoirs : il ne saurait appartenir qu'à une autre juridiction de modifier provisoirement et définitivement la situation créée par l'ordonnance. C'est là un principe fondamental qui touche à l'ordre public, qui en maintenant chaque juridiction dans sa sphère, contribue puissamment à donner à la justice une action régulière.... La matière appartient à la juridiction discrétionnaire : le juge devait statuer sur simple requête, sans débat ; sa décision devait être à l'abri de tout recours. Or, voici cependant que le même magistrat, saisi de la même affaire, et cette fois sur assignation, en présence de toutes les parties intéressées, après une discussion contradictoire, rend un jugement.

Tout est changé sauf le juge : la procédure, la juridiction, la décision et ses effets. Eh bien ! je le demande, de pareilles interversions peuvent-elles dépendre d'une formule à l'aide de laquelle le magistrat, élargissant le cercle de ses attributions, modifierait, dans leur essence même, les pouvoirs conférés par la loi ? Assurément on ne saurait se contenter de la raison que le moins est contenu dans le plus et que le juge, qui a la faculté de refuser absolument la permission de saisir, peut ne l'accorder que sous condition. Il est par trop clair que la juridiction contentieuse n'est pas contenue dans la juridiction discrétionnaire et qu'ainsi la condition mise par le juge à l'autorisation qu'il accorde dépasse ses pouvoirs.... »

Telles sont les objections de certains partisans de l'ordonnance émanant du pouvoir discrétionnaire ; et il faut reconnaître que, étant donné leur point de départ, leurs observations ne manquent ni de logique ni de justesse.

Les partisans du caractère contentieux des ordonnances sur requête ne contestent guère la légalité de la réserve. Que l'on admette, avec MM. Bonjean, Cazalens, Crépon, l'opposition contre les ordonnances sur requête, ou qu'on lui préfère, comme c'est notre sentiment, la tierce opposition, introductible, elle aussi, par voie de référé, la légalité de la réserve ne saurait être bien sérieusement contestée ; elle ne fait, pour ce second parti, que confirmer ce que la loi accorde déjà ; elle est donc *inutile*, mais pas plus illégale, comme le fait remarquer M. Bonjean, que la réserve d'opposition qu'un tribunal, jugeant par défaut, insérerait dans sa décision.

La réserve d'en référer, non illégale, mais superflue, donne lieu à des complications et à des discussions sans fin lorsqu'on aborde la question suivante : la seconde ordon-

nance, rendue sur l'exercice de cette réserve, est-elle une ordonnance de référé proprement dite, soumise à l'appel, ou une ordonnance assimilable à une ordonnance sur requête, non soumise à l'appel ? Quatre systèmes différents ont été soutenus :

A. *Premier système.* — La deuxième ordonnance, rendue contradictoirement, appartient cependant à la juridiction gracieuse comme la première et est soustraite à l'appel. C'est le système adopté par M. de Belleyne (1) et par la Cour de Lyon dans un arrêt en date du 6 mai 1861. (S., 61, 2, 387) : « Considérant qu'il est inexact de prétendre que l'acte par lequel le Président accorde la permission de saisir, et celui par lequel il retire ou modifie cette permission, émaneraient de deux juridictions différentes ; que ces deux actes procèdent de la même source, de l'art. 558, et du même pouvoir, celui institué par cet article ; que l'un n'est que le complément et la continuation de l'autre ; que tous deux par conséquent, appartiennent à la même juridiction, la juridiction volontaire et discrétionnaire ; qu'il importe peu que lors de la deuxième ordonnance, les parties aient été appelées à fournir des explications contradictoirement ; qu'un acte de la juridiction volontaire ne perd pas son caractère par cela seul que le magistrat a voulu l'entourer des renseignements propres à éclairer sa conscience ; que des explications demandées et fournies ne changent pas la nature de la question à juger et ne peuvent changer par conséquent la compétence à laquelle elle appartient ; que d'ail-

(1) « De même n'est pas susceptible d'appel l'ordonnance rendue par suite de la réserve d'en référer, parce qu'elle ne fait qu'une seule et même décision avec l'autorisation accordée sur requête. » (De Belleyne, *loc. cit.*),

leurs, la détermination des juridictions étant d'ordre public, le magistrat, le voulût-il, ne pourrait y déroger en imposant aux parties quelques formes particulières de procéder ; Considérant d'une part, qu'il est de principe que l'ordonnance qui permet la saisie-arrêt, émanant du pouvoir discrétionnaire du Président, n'est pas sujette à l'appel ; qu'il suit de là que la seconde ordonnance modificative de la première, participant de sa nature et ne formant avec elle qu'un seul et même tout, en est également affranchie... »

Il y a dans ces considérants toute une série d'affirmations produites telles quelles et qui nous semblent de nature à être fort discutées. Donner à la deuxième ordonnance rendue contradictoirement, comme en référé, évidemment contentieuse, le caractère gracieux, sous prétexte qu'elle est une suite de la première, qui l'a prévue, cela nous paraît quelque peu hardi. Au reste, nous ne voulons pas entreprendre une discussion complète de ce système, parce que le point de départ nous en paraît erroné. Nous avons dit, en effet, que nous admettons, avec M. Cazalens, le caractère contentieux des ordonnances sur requête pouvant préjudicier à des tiers. Dès lors, l'une et l'autre des décisions revêtent le même caractère.

Signalons seulement l'inconvénient pratique du système qui refuse toute voie de recours contre la seconde ordonnance ; c'est que cette décision est en dernier ressort et sans appel possible pour le tiers qui a usé de la réserve insérée.

B. — *Deuxième système.* — La deuxième ordonnance appartient à la juridiction gracieuse, mais est soumise à l'appel. Ce système est énoncé dans un arrêt de la cour de Bordeaux, en date du 19 mars 1855 (S., 55, 2, 105). Cet

arrêt, dans sa première partie, constate l'identité, l'unité des deux décisions et admet que les deux ordonnances ne font qu'un seul et même tout, que la seconde décision emprunte donc à la première le caractère gracieux ; puis il statue en ces termes : « Attendu que le Président, ayant statué en référé et sur une assignation à comparaître devant lui, *l'appel* de son ordonnance est *essentiellement recevable* aux termes généraux du droit ».

Ce deuxième système n'a pas pour lui la logique. Les deux parties du raisonnement semblent inconciliables. Si l'appel n'est pas admis contre la première ordonnance, en raison de son caractère gracieux, comment le serait-il contre la deuxième qui participe du caractère de la première, qui est *comme si* elle avait fait partie de la première ? (Arrêt précité).

C. — *Troisième système.* — La deuxième décision, contentieuse par sa nature, constitue une ordonnance de référé proprement dite et est susceptible d'appel. Système formulé dans deux arrêts : 1^o Cour d'Alger, 19 novembre 1870 (S., 72, 2, 195). « Attendu... que, d'une part, le magistrat pour s'éclairer sur le mérite d'une requête, n'a besoin d'autoriser aucun référé, pouvant lui-même exiger de la partie requérante comparution ou justification préalable, et que d'autre part, en fait de juridiction gracieuse, non plus qu'en matière contentieuse, il ne peut appartenir au juge de réformer lui-même sa propre décision ; que la réserve sus mentionnée n'est pas d'ailleurs contraire à ces principes ; qu'introduite et accréditée par l'usage, elle a pour objet, non sans doute de créer une exception, une dérogation à la loi, mais bien d'appeler l'attention de la partie frappée en son absence et à son insu, de la prévenir que l'art. 806 C.

proc. civ. lui vient en aide ou dans un cas d'urgente nécessité ; qu'il suit de là que la décision du... n'est et *ne saurait être qu'une ordonnance de référé*, une ordonnance qui peut bien, de fait et par voie de conséquence, paralyser l'ordonnance sur requête précédemment rendue, mais qui a pour objet principal, essentiel, de fixer un obstacle à ses poursuites... »

2^o Cour de Lyon, 29 juin 1837 (S., 58, 2, 209). « Attendu qu'on ne saurait sérieusement disconvenir que le référé introduit dans ce cas par la partie saisie ne soit *un véritable référé*, assujetti par conséquent à toutes les conditions, formes et délais du titre XVI du Code de procédure ».

Ce système paraît conforme aux principes autant qu'à la raison : la seconde décision est rendue toutes les parties présentes ou dûment appelées, dans les conditions où intervient un référé contradictoire ; elle ne saurait être soustraite à l'appel (En ce sens, Bonjean).

Quatrième système.— La deuxième ordonnance est une ordonnance de référé proprement dite, donnant rétroactivement ce caractère à la première ; elle admet l'appel. Arrêt de la Cour de Caen, 2 février 1841 (S., 41, 2, 262) : « Attendu que les deux ordonnances *se lient et s'enchaînent* de manière à porter l'une et l'autre le caractère d'une véritable ordonnance rendue en référé, laquelle est conséquemment soumise à l'appel. » Cette opinion est restée isolée.

La réserve d'en référer semble avoir fait son temps ; pendant une longue suite d'années, les Présidents en ont fait un usage fréquent ; actuellement, elle semble abandonnée à peu près partout et n'est plus insérée qu'en matière de saisie-arrêt,

SECTION TROISIÈME

Appel.

L'appel est-il recevable contre les ordonnances sur requête ? Non, ont dit les uns ; oui, ont dit les autres ; dans certains cas seulement, a distingué un troisième parti. Nous allons examiner tour à tour ces opinions diverses.

Première opinion. — L'appel n'est jamais recevable.

Cette solution a été adoptée par des auteurs de nuances pourtant opposées ; c'est peut-être le seul point sur lequel s'accordent certains partisans de l'ordonnance irréfragable et certains défenseurs du caractère contentieux de cette décision ; seulement, les uns et les autres rejettent l'appel par des motifs absolument différents. Les premiers prohibent formellement l'appel, comme toute autre voie de recours, parce qu'ils soutiennent le caractère souverain de l'ordonnance, acte de juridiction gracieuse. M. de Peyramont argumente en ce sens du texte de l'art. 443 C. proc. civ. qui, dit-il, ne vise « que les jugements contradictoires et par défaut, après le délai d'opposition. » « Or, ajoute-t-il, l'ordonnance rendue sur requête, en dehors des formalités prescrites pour les jugements, n'en offrant pas les garanties, est dépourvue dès lors des éléments constitutifs d'un jugement. » Les termes de ce raisonnement peuvent paraître bizarres ; en effet, si l'ordonnance sur requête « n'offre pas les garanties d'un jugement », n'est-ce pas une raison de plus pour admettre l'appel en notre matière, puisqu'il y paraît plus utile encore que pour des jugements proprement dits, entourés de garanties suffisantes ?

M. Bertin se rattache à cette opinion lorsque, discutant un arrêt de la Cour de Bordeaux (25 juin 1847), il écrit ceci :

« Le principe rappelé, que l'appel est de droit commun, est certain ; mais, pour qu'il en soit fait application, il est nécessaire, ainsi que la Cour de Bordeaux prend soin de l'énoncer, qu'il y ait eu *décision d'un juge et acte de juridiction contentieuse* ; or, en matière d'autorisation sur requête, il y a non pas un acte de juridiction contentieuse, mais acte d'administration judiciaire ; il y a non pas une décision du juge, mais une autorisation provisoire accordée en vertu du pouvoir discrétionnaire du Président, et qui par cela même ne confère à la mesure autorisée aucune des garanties qui résultent des prescriptions de l'acte de juridiction contentieuse. » (Bertin, *loc. cit.*, t. I). En ce sens : Thomine-Desmazures, *Commentaires sur le Code de procédure* ⁽¹⁾, t. I, l. 3, tit. I, de l'appel, p. 669, n° 489 ; Chauveau, *Comment. du C. proc. civ.* ; Roger, *Traité de la saisie-arrest* ; Bioche, *Dictionnaire de procédure* ; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. II, d. 168 et s.

D'autre part, l'appel est rejeté par plusieurs auteurs qui admettent le principe d'une voie de recours, mais partisans résolus de l'opposition. Ils refusent d'admettre concurremment l'opposition et l'appel et invoquent à l'appui de leur opinion l'art. 443 C. proc. civ., al. 2 : « ... Pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable ». Une voie est donc exclusive de l'autre. C'est là un argument très sérieux ; et si l'on admet le point de départ

(1) La nécessité de l'appel pour faire réformer un jugement ne concerne aussi que les jugements proprement dits lesquels jugements sont des décisions rendues sur un litige ; elle ne concerne pas les autorisations accordées sur la demande d'une partie comme des homologations d'avis de famille, des permissions de vendre un bien dotal, autorisations accordées sans qu'il y ait d'assignation commise, sans qu'il y ait de contradicteur, autorisations qu'on qualifie du nom de jugement parce qu'elles émanent de l'autorité judiciaire, mais qui ne sont que des actes de juridiction gracieuse,

de ce raisonnement, c'est-à-dire si l'on adopte l'opposition comme voie de recours, il nous semble difficile de ne pas accepter la conclusion.

Puis une autre objection a été présentée, et celle-là peut être commune aux deux partis : la loi, dit-on, a tout sacrifié à la rapidité d'attaque du requérant ; elle a évité la présence de celui contre qui la mesure est sollicitée afin d'assurer l'efficacité des mesures conservatoires autorisées par l'ordonnance. Comment admettre l'appel, qui entraîne des longueurs, et risquer ainsi d'ajourner indéfiniment l'exécution de mesures tellement urgentes que l'on a recours à une procédure extraordinairement simple pour les faire ordonner ?

Mais il est facile de répondre à cette objection. Tous les cas où la loi prévoit et autorise l'appel d'ordonnances sur requête (art. 263, 276, 403, 417 C. proc. civ.), comportent aussi, et c'est là une prescription essentielle de la loi, *l'exécution de l'ordonnance nonobstant cet appel*. Cette deuxième objection des adversaires de l'appel ne résiste donc pas à l'examen des textes.

Deuxième opinion — L'appel est toujours ouvert.

La plupart des auteurs qui rejettent l'opposition admettent l'appel. Ils invoquent en ce sens le caractère général de l'appel, qui est de droit commun contre toute décision judiciaire. Bien qu'une jurisprudence assez importante se soit prononcée en faveur de l'appel, (v. *infra*, titre IV), nous ne pensons pas qu'il soit possible de l'ouvrir au tiers lésé par une ordonnance sur requête, pour la raison que ce tiers est sans qualité pour en user.

Pour pouvoir appeler, il faut réunir, suivant la doctrine et la jurisprudence, trois conditions : qualité, intérêt, capacité suffisante. La dernière de ces conditions est à vérifier

pour chaque cas ; la deuxième est bien remplie dans notre hypothèse, car le tiers contre qui l'ordonnance a été rendue a bien un intérêt, et souvent un intérêt considérable, à obtenir la réformation de cette décision. Mais a-t-il la qualité ?

Les auteurs, lorsqu'ils énumèrent les conditions nécessaires pour avoir le droit d'interjeter appel d'une décision, visent le cas d'un jugement, et n'ont pas prévu l'appel d'une ordonnance sur requête. Les principes qu'ils posent pour les jugements doivent s'appliquer d'une façon générale aux décisions judiciaires, entr'autres aux ordonnances sur requête. Quels sont ces principes ?

« Quiconque a figuré en première instance, par lui-même ou par un représentant, a qualité pour interjeter appel, c'est-à-dire qu'il est à la fois nécessaire et suffisant d'y avoir été partie, qu'il suffit même d'y avoir été représenté ; mais les personnes qui n'ont été parties au jugement ni par elles-mêmes ni par leurs représentants ne peuvent prendre, s'il les lèse, qu'une des voies ci-après... 1^o Tous ceux qui, à un titre quelconque, ont été parties au jugement, peuvent en appeler... 2^o Ne peuvent en appeler au contraire ceux qui n'ont aucunement figuré en première instance... 3^o Les tiers que lèse un jugement de première instance, j'entends par tiers ceux qui n'ont pas été parties au procès et qui n'y ont pas été représentés, n'ont pas le droit d'en appeler et ne peuvent qu'intervenir devant les juges d'appel, former tierce opposition au jugement de première instance ou à celui qui interviendra sur l'appel ou enfin opposer à l'exécution de ces jugements la règle : *Res inter aliis judicata aliis neque nocet neque prodest.* » (Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. V, p. 117, n^o 928).

Comment faire l'application de ce principe aux ordon-

nances sur requête ? Celles qui admettent des voies de recours peuvent léser des intérêts de deux façons : ou elles sont accordées nominalemeut contre telle personne, contradicteur dès lors connu et désigné (par ex. : ordonnance autorisant une saisie-arrêt, une saisie-exécution une saisie-gagerie, une assignation à bref délai), ou elles ne portent atteinte qu'à des droits non encore individualisés, non encore fixés sur la tête de telle personne déterminée (par ex. : ordonnance envoyant un légataire universel en possession d'une hérédité. Art. 1008 C. civil, alors que les héritiers du sang sont inconnus lors de cet envoi),

Dans ce dernier cas, il n'est guère possible de dire que celui dont l'ordonnance lèse les intérêts a été partie dans la décision, qu'il y a figuré. Il n'a donc pas le droit d'interjeter appel. Même dans le premier cas, peut-on dire qu'une personne a été partie dans un débat, qu'elle y a figuré à un titre quelconque, si elle n'a pas été appelée, si elle ne devait pas l'être ? Il nous semble qu'il ne suffit pas, pour qu'on puisse la dire partie au procès, qu'une décision ait été rendue contre elle. N'est-elle pas plutôt un *tiers* par rapport à cette décision ? D'ailleurs il peut paraître étrange de parler de « parties » dans une matière où il n'y pas de contradiction provoquée, où tout se passe hors la présence de l'intéressé contre qui l'on requiert une mesure. Celui qui se trouve lésé par une ordonnance sur requête n'a pas été partie en première instance ; il ne peut donc pas interjeter appel de cette décision.

Et cela reste vrai dans tous les cas et quelle que soit la cause de réformation éventuelle de l'ordonnance, incompétence, excès de pouvoir, ou tout autre motif tiré du fond. Dans tous les cas, celui contre qui la mesure a été sollicitée et accordée n'a pas figuré au débat originaire et ne doit

donc pas pouvoir interjeter appel. En ce sens, Merlin ⁽¹⁾. *Recueil de questions*, t. I, v^o Appel. § I, III, 2^o.

L'objection tombe dans le cas spécial où c'est le requérant qui s'est vu refuser l'ordonnance et qui veut exercer un recours contre ce refus. Celui-là, il est bien certain qu'il a été partie dans le débat puisque c'est lui qui l'a provoqué ; il a incontestablement figuré en premier ressort et, à ce point de vue, rien ne viendrait apporter obstacle à son droit d'appel ; mais nous verrons un peu plus loin que la question donne lieu à des difficultés pour de tout autres raisons.

Troisième opinion. — L'appel est ouvert en certains cas.

I. *Cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir*. — Certains auteurs, de ceux qui ont soutenu le plus énergiquement la théorie de l'ordonnance irréfragable, admettent l'appel contre une telle décision au cas où il y a eu incompétence ou excès de pouvoir de la part du Président. Il n'y a plus alors, disent-ils, d'ordonnance sur requête, plus de décision rendue en vertu d'une juridiction prévue par le Code, qui ne peut produire ses effets réguliers qu'autant qu'elle fonctionne dans les conditions formelles de la loi ; il y a là, comme le dit M. Bonjean, une sorte de *voie de fait*, et l'appel est recevable.

Et l'on ajoute ceci : autant il est logique et naturel que le

(1) « On pressent assez par là comment doit être jugée la question de savoir si la partie qui n'a pas figuré dans la requête et hors la présence de laquelle il a été statué d'une manière qu'elle croit nuisible à ses intérêts est recevable en appel. Que cet acte puisse être attaqué par voie d'opposition, comme peut l'être par cette voie un jugement rendu par défaut contre une partie dûment appelée, c'est ce qui ne peut faire l'objet d'aucun doute. Vu l'art. 455 C. proc. civ., pas d'appel des jugements rendus sur requête de la part de ceux qui n'y ont pas été parties ».

Président, agissant en vertu d'un pouvoir gracieux à lui conféré par la loi, rende des décisions irréfragables, souveraines, autant il serait illogique et dangereux de lui maintenir ce pouvoir absolu lorsqu'il sort des limites fixées à ce pouvoir par la loi. A quoi l'on peut faire observer que la voie du référé est toujours ouverte contre une telle décision, et que, au cas où le Président confirmerait sa première ordonnance, la voie de l'appel serait alors régulièrement ouverte contre cette deuxième décision, et sans sortir des termes mêmes de la loi.

M. Bazot a soutenu avec force cette théorie de l'appel limité, en les termes suivants qui posent très clairement la question : « Les actes de la juridiction discrétionnaire sont souverains ; mais ce principe, exceptionnel de sa nature, grave dans ses conséquences, doit être exactement renfermé dans ses limites. Je n'ai garde de prétendre qu'une ordonnance sur requête, quelle qu'elle soit, et par cela seul qu'elle aura été rendue sur requête, sera toujours inattaquable ; non, ce privilège ne s'attache qu'aux ordonnances émanant vraiment de la juridiction discrétionnaire. Il faut aussi caractériser ici les ordonnances par leur nature intrinsèque et non par leur forme extérieure, par leur étiquette, si je puis ainsi parler. C'est une règle habituelle d'interprétation : l'appel peut être interjeté contre les jugements, bien qu'ils aient été qualifiés en dernier ressort, si les juges ne pouvaient prononcer qu'en premier ressort. C'est la disposition expresse de l'art. 435 C. proc. civ. Si donc l'ordonnance a été, elle aussi, mal qualifiée ; si elle est, malgré son titre, une ordonnance contentieuse qui préjuge le fond, qui statue définitivement sur un droit, elle devra être d'autant plus susceptible de recours que le droit atteint par elle n'aura pu être défendu. Serait-il donc rationnel d'ap-

pliquer à une ordonnance de référé les principes qui régissent les ordonnances discrétionnaires, uniquement parce qu'une qualification inexacte aurait été donnée à cet acte judiciaire? Mais alors, il n'y aurait plus aucune fixité dans les règles les plus essentielles qui se trouveraient à la merci d'une formule. » (Bazot, *loc. cit.*, p. 38 et 39).

M. Bazot cite à l'appui de sa thèse (p. 43 44) un arrêt rendu en matière de séparation de corps et après avoir contradictoirement entendu les parties. Mais l'appel était dans ce cas incontestablement recevable; il s'agissait, en effet, d'une ordonnance intervenue après assignation et explications des parties intéressées, c'est-à-dire *en état de référé* et non sur requête. L'exemple cité n'est donc pas probant.

La théorie de M. Bazot a été combattue par des auteurs d'opinions pourtant absolument différentes. Les uns, partisans de l'ordonnance irréfragable et de la juridiction gracieuse, lui ont reproché de faire dépendre la solution de la question exclusivement *de la nature* et non *de la forme* de la décision et d'assimiler à des ordonnances de référé des autorisations sur requête pour cette seule raison qu'elles intervenaient en des matières de nature à être tranchées en référé. Boncenne, entr'autres, s'est élevé contre cette théorie : « Je cherche vainement une ombre de parité, écrit-il, entre cette juridiction extraordinaire des référés et la simple fonction qui consiste à mettre au bas d'une requête non vérifiée la permission d'abrégé les délais ordinaires de l'ajournement. Cette permission ne ressemble pas à un jugement. S'est-on jamais avisé de prétendre que l'ordonnance du Président qui autorise un homme se disant créancier à faire saisir les deniers ou effets de son débiteur, était un jugement anticipé sur la validité de la saisie? Non. Ces ordonnances rendues sans connaissance de cause sont aux risques

et périls de ceux qui les demandent... » Ainsi pas d'assimilation possible entre une ordonnance sur requête et un jugement ou ordonnance de référé. Nous ne discuterons pas à nouveau cette idée que l'ordonnance sur requête est rendue sans connaissance de cause; nous croyons que c'est une erreur. Mais, cela rectifié, nous pensons que l'objection ci-dessus faite à M. Bazot ne manque point de justesse; les adversaires de la théorie de M. Bazot n'arrivent pourtant pas tous à cette conclusion que l'ordonnance est irréfragable et M. Boncenne, entr'autres, après avoir formellement écarté l'appel en tous cas, semble admettre l'opposition des intéressés. Logiquement, ils ne devraient autoriser aucune voie de recours et appliquer à la lettre, avec M. Bertin, l'adage de Henrion de Pansey : « Tout ce qui se fait sur requête appartient à la juridiction gracieuse ».

Quant à nous, qui admettons le caractère contentieux de toute ordonnance sur requête préjudiciable aux intérêts d'un tiers, susceptible de contradiction, nous nous rallierions bien volontiers à la théorie de M. Bazot, appliquant aux ordonnances sur requête l'art. 454 C. proc. civ., comme à toute décision judiciaire contentieuse, si nous n'y voyions pas l'obstacle signalé plus haut : à savoir que, pour pouvoir faire appel d'une décision, il faut *avoir été partie, avoir figuré* en première instance, ce qui suppose qu'il faut avoir été appelé ou être intervenu; ce n'est pas notre cas. C'est donc pour un motif absolument différent de celui énoncé par Boncenne que nous repoussons la faculté d'appel au cas prévu par M. Bazot.

M. Bonjean se prononce en ce sens, contre l'appel, même aux cas d'incompétence ou excès de pouvoir et repousse la conséquence de la théorie de M. Bazot : « C'est faire dépendre l'appel de la double question préalable, à savoir

d'une part, s'il n'y a pas eu excès de pouvoir, d'autre part, si sous la forme d'une ordonnance provisoire ne se cache pas une mesure définitive. La Cour seule pourrait être juge de la question, ce qui reviendrait à toujours admettre l'appel recevable en la forme sauf à le repousser au fond. Or est-ce vraiment cela qui a pu être la pensée du législateur?... ».

II. *Cas de refus de l'ordonnance au requérant.* — Lorsque le Président rend une ordonnance négative, refusant au requérant la mesure par lui sollicitée, quelle est la voie de recours ouverte contre ce refus? Il ne peut être question de l'opposition. Il y a bien l'instance au principal qui est toujours possible (sauf des cas exceptionnels où la possibilité de l'instance dépend précisément de l'autorisation refusée par le Président, par ex. ordonnance permettant de citer en conciliation en matière de séparation ou de divorce); mais nous avons déjà exposé que l'instance au principal ne nous paraissait pas, à proprement parler, une voie de recours et était insuffisante à garantir les droits de l'intéressé. « Pas de référé possible, dit M. Bazot; car l'obstacle ne vient pas d'un tiers, mais du magistrat qui refuse l'autorisation ». En effet, le juge des référés ne peut juger qu'un débat introduit par une assignation et lié entre deux adversaires. Or, si l'on conçoit des cas où une assignation serait possible, parce que l'ordonnance refusée était sollicitée *nominalement* contre quelqu'un, par ex. au cas d'une saisie-arrêt, il reste vrai que, le plus souvent, le requérant ignorant encore la personnalité de son adversaire éventuel, ne pourra assigner en référé, que cette voie lui sera donc fermée.

Faut-il alors admettre l'appel direct devant la Cour? L'objection qui, jusqu'à présent nous a fait rejeter l'appel,

tombe en ce cas spécial : on ne peut le refuser au requérant par ce motif qu'il n'a pas été partie, qu'il n'a pas figuré en première instance, puisqu'au contraire, c'est lui qui a sollicité l'ordonnance ; il n'est pas un *tiers* vis-à-vis de cette décision qui refuse d'autoriser la mesure demandée. L'appel serait donc recevable

C'est là l'opinion de M. Garsonnet et celle que l'on trouve exposée au *Recueil des Pandectes françaises* : « Il ne saurait y avoir de difficulté quand c'est le requérant dont la demande a été repoussée qui a à se plaindre de l'ordonnance. Cette ordonnance a été rendue contradictoirement vis-à-vis de lui, et par conséquent la voie de recours qui est de droit contre les décisions contradictoires, lui est ouverte ; il peut appeler de l'ordonnance. » Suivent des décisions de jurisprudence. (En ce sens aussi Merlin, *Recueil de questions*, t. I, v^o *appel*, § I, III, 1^o.)

Mais la question ne va pas toute seule, car M. Bonjean a soulevé une critique et s'est fait l'adversaire résolu de l'appel : « Les auteurs qui ont écrit sur ce sujet semblent avoir oublié l'art. 456 C. proc. civ. ainsi conçu : L'acte d'appel *contiendra assignation* dans les délais de la loi et *sera signifié* à personne ou à domicile, *à peine de nullité*. Or, à qui donc le requérant, repoussé par le Président, signifiera-t-il l'acte d'appel, puisqu'il n'y a pas eu d'ordonnance et que par suite il ne peut y avoir d'intimé ? » (Bonjean, *loc. cit.*, p. 87, n^o 163.)

M. Crépon, partant du même principe (art. 456 C. pr.), admet des tempéraments que rejette M. Bonjean ; voici en quels termes il s'exprime : « Le juge n'est saisi que par l'acte qui appelle devant lui une autre personne pour vider une contestation, autrement dit par une *assignation*. La déclaration d'appel, si elle n'est pas accompagnée d'une assi-

gnation, n'aboutira jamais à mettre le juge du second degré en demeure de statuer. Conséquemment, elle ne le saisit pas. » Le principe ainsi posé se trouve limité quelques lignes plus loin de la façon suivante : « La notification de l'appel par huissier avec assignation à comparaître devant le juge du second degré est *la règle* ; elle ne doit céder que devant l'impossibilité d'application. Cette impossibilité existe quand l'appelant n'a pas de contradicteur et notamment pour certains jugements ou certaines ordonnances rendus sur requête, et cependant susceptibles de recours. Toutefois même dans ces conditions, l'exception doit être renfermée dans les plus extrêmes limites... On a dit d'une façon absolue que les ordonnances rendues par le Président du Tribunal de commerce en vertu de l'art. 417 C. proc. civ., pour permettre d'assigner à bref délai ou de saisir des objets mobiliers, ne peuvent être frappées d'appel que par la voie qu'on doit suivre pour les provoquer, c'est-à-dire *par la voie de la requête*. Ce n'est pas complètement exact ; si c'est le requérant qui frappe d'appel l'ordonnance parce qu'elle lui a refusé l'autorisation demandée, sans doute, c'est par la voie de la requête qu'il doit saisir le juge du second degré ; on peut dire en, effet, qu'il n'y a pas de contradiction. » Ainsi, d'après M. Crépon, au cas où il n'y a pas de contradicteur connu, désigné, individualisé en quelque sorte, l'appel sera bien et dûment introduit par la voie d'une requête.

Il y a même à ce mode de procéder un avantage particulier qui répond à une nécessité spéciale à notre matière. Nous avons exposé plus haut que la loi, en permettant d'user d'une ordonnance sur requête, c'est-à-dire de provoquer une décision qui sera rendue sans convoquer devant le juge le contradicteur naturel, sans appeler l'intéressé à se

défendre et à combattre la demande, a un but bien déterminé : empêcher l'adversaire du requérant de prendre, entre le moment de la citation et celui de l'ordonnance rendue, des dispositions qui rendraient inutile ou inefficace la mesure sollicitée (par ex. : aller toucher une créance sur laquelle une saisie-arrêt va être faite); la voie du référé, malgré sa rapidité exceptionnelle, ne suffit même pas à assurer au requérant une sécurité parfaite. C'est pourquoi, sur simple requête, le Président peut autoriser la mesure qui doit précisément *surprendre* celui contre qui elle est dirigée. Or il est certain qu'à ce point de vue, l'appel introduit par la voie d'une requête présentera exactement le même avantage, c'est-à-dire la sécurité pour le requérant, qui n'aura pas à craindre, comme si l'appel était introduit par une citation à l'adversaire, que son contradicteur rende inefficace par des manœuvres de la dernière heure la mesure sollicitée; en effet, le défendeur éventuel n'aura eu connaissance ni de la requête originale, ni du refus d'ordonnance, ni de la requête en appel et ne pourra détourner frauduleusement la mesure qui le menace.

L'introduction de l'appel par voie de requête est admise par plusieurs auteurs : Rodière, *Compétence et procédure*, 4^e édit., t. II, p. 93; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile*, quest. 1643^{ter}; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure civile*, n^o 247, v^o appel.

C'est aussi ce qu'admet une jurisprudence assez ferme (En ce sens un arrêt catégorique de Besançon, 21 novembre 1894, D. 95, 2, 317) : « Attendu que l'ordonnance a été rendue alors que la demanderesse n'avait pas encore d'adversaire, que c'est donc par voie de requête que la Cour devait être saisie et qu'elle l'a été dans le délai imparti par la loi; que l'appel est en conséquence recevable... » (En ce

sens aussi : Metz, 7 février 1866, D. 66, 2, 31 ; Nancy, 2 mai 1867, D. 67, 2, 83 ; Pau, 26 janvier 1881.)

Reste à savoir seulement si cette doctrine et cette jurisprudence, qui admettent l'introduction de l'appel par voie de simple requête, ne sont pas contraires à la loi. Certains auteurs ont fait remarquer que les formes de l'appel sont réglées expressément par le Code de procédure à l'art. 456 et qu'il n'y a aucun texte qui permette de déroger d'une façon aussi audacieuse à la règle de l'assignation. C'est peut-être un scrupule excessif ; l'art. 456 ne nous semble pas avoir prévu le cas d'une ordonnance rendue sur requête, mais le cas normal d'une instance ayant déjà comporté une citation. Il est évident qu'il est nécessaire de prévenir un adversaire que l'on fait appel d'un jugement auquel il a été partie, auquel il a figuré, que l'on réédite devant la juridiction supérieure une demande qu'il connaît et qu'il a été appelé à combattre en première instance. Mais ici la situation est bien différente.

En tout cas, la question ne nous paraît discutable que pour les cas où il y a un contradicteur naturel bien connu et individualisé. En dehors de là, l'introduction de l'appel par voie de requête nous paraît parfaitement justifiée. Rejeter cette proposition, ce serait fermer dans la plupart des cas la voie de l'appel au requérant évincé et ne lui laisser que le recours en cassation.

C'est d'ailleurs par une requête que l'on procède pour porter devant la juridiction du second degré l'appel d'un jugement sur requête. Et l'on peut, en ce sens, invoquer par analogie l'art. 850 C. proc. civ. qui vise l'appel en matière de rectification d'actes de l'état civil : « Dans le cas où il n'y aurait pas d'autre partie que le demandeur en rectification et où il croirait avoir à se plaindre du jugement,

il pourra, dans les trois mois depuis la date du jugement, se pourvoir à la Cour d'appel, en présentant au Président une requête sur laquelle sera indiqué un jour auquel il sera statué à l'audience sur les conclusions du ministère public. » Ce mode de procéder n'est donc pas une création arbitraire de la jurisprudence, puisque la loi le prévoit et l'autorise.

Nous concluons donc en admettant l'appel dans le cas particulier où l'ordonnance refuse au requérant la mesure sollicitée ⁽¹⁾. Avant de terminer sur cette question, faisons une remarque : nous avons fait valoir la nécessité d'une voie de recours rapide et nous avons exposé que l'instance au principal ne suffisait pas à protéger l'intéressé parce qu'elle ne présentait pas la célérité nécessaire. A ce point de vue, l'appel offre le même inconvénient ; dans la pratique, dont il faut tenir compte, les affaires sont souvent longues à venir à l'audience et nous pensons que c'est là une voie de recours bien lente et dispendieuse, ce qui est suffisant pour la faire écarter là où l'on peut en trouver d'autres.

SECTION QUATRIÈME

Pourvoi en cassation.

C'est la même raison qui rend, selon nous, le pourvoi en cassation peu pratique en notre matière. Il y faut des décisions promptes, la loi a tout sacrifié à la rapidité, et ce n'est certes pas devant la Cour suprême que le dénoue-

(1) Nous laissons de côté l'hypothèse d'après laquelle le Président rejetterait la requête sans statuer expressément par une ordonnance négative ; nous pensons, avec M. Bonjean, que ce magistrat ne peut refuser de répondre d'une façon ou d'une autre et de rendre en tous cas une décision expresse, sans commettre un véritable déni de justice.

ment d'une affaire se produit à bref délai ; ce, pour toutes sortes de raisons. Mais la question se pose néanmoins de savoir si le pourvoi en cassation est recevable contre une ordonnance sur requête.

Nous trouvons encore ici des divergences : M. Bertin repousse dans tous les cas cette voie de recours. Cet auteur avait d'abord adopté une opinion moins absolue ; dans une brochure parue en 1866, il admettait le pourvoi contre les ordonnances sur requête, au cas *d'excès de pouvoir* : dans son *Traité des ordonnances*, il déclare qu'une nouvelle étude de la question l'a obligé de constater « que les principes de la juridiction gracieuse et les règles spéciales au droit de se pourvoir en cassation avaient pour conséquence la négation de ce droit. »

Ainsi, d'après M. Bertin, deux raisons s'opposent à l'admission du pourvoi : 1^o les principes de la juridiction gracieuse ; nous retombons dans l'éternelle question de l'ordonnance émanant du pouvoir discrétionnaire, et irréfragable ; 2^o les règles mêmes du pourvoi en cassation. Et à l'appui de sa thèse, M. Bertin cite l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, qui dispose que « le gouvernement, par la voie de son commissaire, et sans préjudice du droit des parties intéressées, a le pouvoir de dénoncer au tribunal de cassation, section des requêtes, les *actes* par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs... La section des requêtes annulera ces *actes*. » Le mot « acte » du texte précité peut évidemment, dit M. Bertin, s'appliquer aux ordonnances sur requête ; mais la loi n'attribue le droit de se pourvoir au commissaire du gouvernement que dans l'intérêt de la loi et sans préjudice du droit des parties intéressées, qui doivent conserver intacts les droits et avantages résultant pour elles de la décision annulée.

M. Bonjean a répondu à cet argument de la façon suivante : de ce que la loi accorde au commissaire du gouvernement un droit de pourvoi, uniquement dans l'intérêt de la loi, il ne s'ensuit pas qu'elle interdise aux parties d'user de cette même voie de recours, dans leur intérêt à elles. Que le ministère public ne puisse pas préjudicier à leurs droits, c'est naturel ; mais la conclusion que M. Bertin tire de ce fait semble bien prématurée.

En réalité, la question doit être tranchée d'après les principes généraux du pourvoi en cassation. Ce dernier n'est ouvert que contre les décisions définitives ; tant qu'une autre voie de recours est possible contre une décision, elle n'est pas susceptible de cassation. Ce principe a servi d'argument aux adversaires du pourvoi qui ont dit : il est toujours possible de faire modifier les mesures ordonnées par le Président, sans opposition ni appel ; c'est par l'introduction d'une instance au principal, aboutissant à un jugement proprement dit, qui remplacera la décision que l'on cherche à attaquer. Il y aura donc ainsi une voie de recours toujours ouverte et le pourvoi ne saurait être admis. L'on peut faire remarquer d'abord que l'instance au principal ne constitue pas juridiquement une voie de recours, au sens ordinaire du mot ; ce n'est en quelque sorte que le développement, la suite naturelle de la décision provisoire.

En outre, M. Bonjean estime que, si le jugement au fond « modifie nécessairement les *effets* de l'ordonnance, celle-ci n'en a pas moins le caractère d'une décision judiciaire, spéciale si l'on veut, mais féconde en résultats immédiatement réalisés si, précisément, on ne peut l'attaquer elle-même sans subir les lenteurs d'une instance principale au cours de laquelle le mal produit par la décision dite gracieuse sera sans doute devenu irréparable. » L'idée est évidemment

exacte, seulement ce n'est pas le recours en cassation qui peut parer au danger signalé ; ce pourvoi, en effet, n'est *jamais suspensif*, (à part de très rares exceptions) ; dès lors, depuis son introduction jusqu'à l'examen de l'affaire et au jugement de la Cour suprême, le mal produit par la décision attaquée aura tout le temps nécessaire pour se réaliser, vu la longueur des débats devant la Cour de Cassation (rédaction de mémoires, délais, mise au rôle, etc.). De sorte que, pratiquement parlant, l'intéressé qui veut éviter les effets d'une ordonnance sur requête aurait, nous semble-t-il, encore meilleur compte, et courrait de moindres risques à provoquer une instance au principal qu'à se pourvoir en cassation.

M. Bazot, comme tous les partisans de la juridiction gracieuse, repousse en principe le pourvoi en cassation par cette seule raison que l'ordonnance rendue est irréfragable, et pas plus susceptible de cassation que de tout autre recours ; il le rejette même au cas d'excès de pouvoir parce que, en ce cas, il admet l'appel et que l'ouverture éventuelle de cette voie de recours rend irrecevable le pourvoi en cassation. M. Bertin conclut dans le même sens que « la Cour de cassation ne doit jamais être saisie. »

Nous croyons que les ordonnances sur requête sont susceptibles d'appel de la part du requérant évincé et de tierce opposition de la part de l'intéressé non appelé, du contradicteur naturel. C'est dire que nous rejetons complètement le pourvoi en cassation, une autre voie de recours étant toujours ouverte. Que si la juridiction devant laquelle ce recours est porté se déclare incompétente, il y aura lieu d'attaquer sa décision : au cas de rejet d'opposition, par l'appel, puis par le pourvoi en cassation ; au cas de rejet d'appel, par le pourvoi immédiat.

Maintenant examinons la recevabilité du pourvoi à un autre point de vue, quant aux personnes qui peuvent le former. Il faut, pour introduire un tel pourvoi : 1^o y avoir intérêt ; 2^o avoir été partie à la décision attaquée. Or s'il s'agit du requérant à qui le Président a refusé la mesure sollicitée, il est certain qu'il a intérêt à se pourvoir et qu'il a été partie dans la décision de rejet ; il y était même partie unique. Mais c'est précisément ce qui fait que nous refusons le droit de se pourvoir en cassation à l'intéressé atteint par l'ordonnance, de même que nous lui avons contesté le droit de faire appel de cette décision : il n'a pas été partie dans l'instance, il n'y a pas figuré, car il n'a même pas été appelé, et il n'est pas intervenu. Il est donc par rapport à cette décision, rendue cependant contre lui, un tiers, et c'est ce mot qui nous servira de transition pour aborder l'étude d'une autre voie de recours : la tierce opposition.

SECTION CINQUIÈME

Tierce opposition.

La tierce opposition est réglée par l'art. 474 C. proc. civ. « Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés. » Cette voie de recours est-elle applicable en notre matière ?

Une première objection est tirée du texte même de l'art. 474 et de la rubrique du livre IV, qui parle de « voies de recours contre les *jugements* ». Une ordonnance, dit-on, n'est pas un jugement au sens propre du mot ; et même le magistrat ne juge rien. C'est en ce sens que M. Garsonnet écrit : « Quant aux décisions des présidents, des juges par eux délégués dans leurs attributions et des juges-commis-

saies on les appelle *ordonnances*, mais elles constituent, suivant les cas, des actes judiciaires ou des jugements proprement dits : le Président du tribunal ou le juge qui le remplace ne jugent pas en permettant d'assigner à bref délai ; mais les ordonnances rendues sur référé, et celles qui condamnent à l'amende le témoin défaillant sont de véritables jugements. » C'est là une proposition qui concorde parfaitement avec la théorie exposée à propos de la nature des ordonnances sur requête par M. Garsonnet, adepte fervent de l'ordonnance acte de juridiction gracieuse, de pouvoir discrétionnaire, d'administration judiciaire.

Il nous semble difficile, en effet, de faire rentrer les ordonnances sur requête dans les *jugements* au sens ordinaire du mot. Seulement nous croyons que le mot *jugement* dans les deux textes précités est pris dans un sens large, dans le sens de *décision judiciaire* et nous croyons d'autant plus que les ordonnances sur requête doivent, en principe, être susceptibles de tierce opposition, que nous avons admis leur caractère contentieux. Au reste, si la tierce opposition devait être écartée par cet argument de texte, il faudrait rejeter aussi l'opposition, l'appel, pour la même raison tirée de textes analogues, (arg., art. 443 et s., qui ne parlent que de jugements ; arg., art. 149 et s. ; arg. tiré du texte de la rubrique du titre VIII C. proc. civ.). En ce sens Merlin, *Recueil de questions*, t. I, v^o *appel*, § I, III, 1^o (1). Ce serait, pour nous qui admettons le principe d'une voie de recours, n'en trouver aucune applicable.

Ceci posé, que dit le texte de l'art. 474 ? Qu'une partie

(1) « Mais que doit-on entendre en cette matière par un jugement ? Doit-on considérer comme tel *un acte du juge* qui statue sur une requête non communiquée ? Nul doute qu'un pareil acte ne soit un véritable jugement ; et cela est si vrai que lorsqu'il émane du Tribunal tout entier, il est soumis à la règle de la prononciation à l'audience. »

peut former tierce opposition à un jugement *lors duquel* ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés. Donc, en dehors de la condition toujours nécessaire et que nous supposons réalisée, que la décision attaquée préjudicie à celui qui l'attaque, il faut que ce dernier n'ait pas figuré à l'instance, aux débats, aux actes de procédure qui ont précédé ou accompagné la décision rendue; il faut, en un mot, qu'il soit un *tiers* par rapport à cette décision : « Ne peuvent faire tierce opposition les parties qui ont figuré au procès par elles-mêmes ou par autrui (demandeur et défendeur originaires, intervenant volontaire, parties mises en cause ou assignées en déclaration de jugement commun) ». (Garsonnet, *Précis de procédure civile*, p. 512, n° 752.)

Or, l'intéressé contre qui se trouve dirigée la mesure accordée par l'ordonnance est bien un tiers par rapport à l'ordonnance rendue; il est vrai que cette ordonnance le vise parfois expressément, mais il reste évident qu'il n'a pas été appelé, qu'il n'a pas figuré dans les actes de procédure, qu'il n'a apporté aucune contradiction, qu'il n'a donc pas été « partie » dans la décision rendue. Il rentre exactement dans les termes de l'art. 474, C. proc. civ.

Et voici le moment de rappeler les principes de Boncenne cités par M. Bonjean à propos de l'opposition proprement dite : « Un principe gravé sur tous les monuments de législation consacre *le droit d'opposition* en faveur de toute partie dont les intérêts ont été compromis *sans qu'il lui ait été possible de se défendre*, ce principe doit s'appliquer surtout à un acte émané d'un seul juge; à *qui n'a pu se faire entendre*, le droit commun ouvre la voie de l'opposition. » (Boncenne, *Théorie de la procédure civile*). Nous pensons que ce texte s'applique d'une façon beaucoup plus précise à la tierce opposition qu'à l'opposition même. En effet, Bon-

cenne vise des cas où il n'a *pas été possible* à la partie de se défendre et ne fait pas allusion au défaut, cas pour lequel la loi a créé l'opposition, et qui suppose que l'intéressé a été mis par une assignation dans la possibilité de se faire entendre. Ce texte semble donc bien écrit en vue de la tierce opposition et vient à l'appui de l'opinion qui admet cette voie de recours en notre matière.

Il reste à combattre une objection grave tirée des principes de la tierce opposition. Une opinion soutenue par plusieurs auteurs exige pour l'admission de cette voie de recours que l'intéressé *ait dû être appelé* à la décision qu'il attaque. Ainsi peuvent faire tierce opposition les personnes que le demandeur devait assigner comme ses contradicteurs naturels et légitimes; ne peuvent faire tierce opposition celles qui n'avaient pas qualité pour contredire à la demande. La partie qui a mis son légitime contradicteur en cause s'est conformée en fait et en droit à tout ce qu'on pouvait exiger d'elle; le jugement qu'elle a obtenu dans ces conditions est régulier et doit être à l'abri de tout recours autre que celui du légitime contradicteur. Sinon, ajoutez-on, pas de stabilité possible pour une décision; car on ne peut connaître et mettre en cause toutes les personnes auxquelles elle peut porter préjudice.

Les partisans de ce système invoquent à l'appui de leur thèse l'art. 466 C. proc. civ., aux termes duquel l'intervention n'est admise que de la part des personnes qui auraient le droit de faire tierce opposition; il ne suffit donc pas d'avoir intérêt à former tierce opposition pour y être reçu; il faut encore y avoir droit, et seules les personnes qui doivent être appelées ont ce droit (En ce sens Chauveau sur Carré, t. IV, n° 1709; Tissier, *De la tierce opposition*, nos 129 et s., Paris, 29 prairial an X, 19 janvier 1808, D. A. n° 180; Paris,

7 juillet 1809, D. A. n° 170 ; 17 mai 1814, D. A. n° 180 ; Limoges, 13 février 1816, n° 236 ; Cassation, 21 février 1816, D. A. n° 128 ; Besançon, 30 janvier 1818, D. A. n° 42 ; Requêtes, 18 février 1822, v° saisie-arrêt n° 443 ; Rouen, 21 décembre 1841).

Cette théorie a été vivement combattue par M. Garsonnet, qui a fait valoir en faveur de l'opinion contraire les arguments suivants :

« 1° L'art. 474 C. proc. civ. ne déclare pas seulement recevables dans leur tierce opposition ceux qui devaient être appelés, mais tous ceux qui ne l'ont pas été ; les travaux préparatoires qui jettent si peu de lumière sur le caractère de la tierce opposition, fournissent du moins sur ce point un renseignement positif : le projet réservait la tierce opposition aux personnes qui doivent être appelées et le Conseil d'Etat a supprimé cette restriction. »

» 2° Il serait inique, et jusqu'à un certain point contradictoire, de refuser la tierce opposition aux personnes auxquelles elle est le plus nécessaire, je veux dire à celles qui, ne devant pas être appelées et ayant par conséquent très peu de chances de l'être, n'ont aucun moyen d'empêcher qu'un jugement ne soit rendu à leur détriment.

» 3° L'art. 466 suppose implicitement que le droit de faire tierce opposition n'appartient qu'à certaines personnes, mais il ne le réserve pas exclusivement à celles qui devraient être appelées au jugement, et les seules auxquelles il interdise le droit d'intervenir en appel sont celles qui n'ont pas le droit de faire tierce opposition parce qu'elles ont été représentées au procès, mais qui pouvaient, ce qu'elles n'ont pas fait, intervenir en première instance pour surveiller la marche de l'affaire : à savoir, le mandant, les créanciers chirographaires, les successeurs particuliers

postérieurs au jugement de première instance, les créanciers hypothécaires inscrits à la même époque, et même d'après la jurisprudence, ceux dont l'inscription est antérieure à ce jugement. » (Garsonnet, *Traité de procédure civile*, t. V, n° 1172. 2°).

(En ce sens : Favard de Langlade, v° tierce opposition, § II. n° 1 ; Bioche, *loc. cit.*, n° 22 ; Carré, *Thomine-Desmazures*, t. I, p. 725 ; Bonnier, *Procédure*, n° 1131 ; et : Civ. cassat., 19 août 1848, D. A. n° 150 ; Civ. cassat., 15 juillet 1822, v° intervention, n° 82 ; Agen, 3 août 1827, D. A., v° t^{re} opp., n° 43 ; Civ. cassat., 22 août 1827, D. A. Successions, n° 929 ; Nîmes, 20 novembre 1829 ; Bordeaux, 14 janvier 1830 ; Douai, 23 mars 1831, contrat de mariage, n° 1669 ; Pau, 19 mars 1834, D. A. v° tierce opp. ; Bastia, 8 décembre 1834, n° 146 ; civ. rej., 9 décembre 1835, D. A., v°, Privilèges et hypothèques, n° 370 ; Requêtes, 26 mars 1838, t^{re} oppos., n° 150 ; Requêtes, 24 décembre 1838, v° Interdiction, n° 136).

Nous pensons, avec cette doctrine et cette jurisprudence, que la condition d'avoir dû être appelé n'est pas nécessaire et que la tierce opposition doit être accordée à celui dont la mesure sollicitée et accordée par l'ordonnance lèse les droits ou les intérêts ; mais nous la refusons naturellement au requérant auquel l'ordonnance a été refusée et qui devra se pourvoir par la voie de l'appel introduit par une requête à la Cour.

Nous n'ajouterons qu'un mot. Le système qui admet la tierce opposition de la part des intéressés, après avoir été adopté par quelques arrêts (Bourges, 18 juin 1855 ; Sirey, 56, 2, 204), a été récemment consacré par la Cour de cassation, dans l'arrêt magistral du 3 avril 1895. Cette décision, damettant le caractère contentieux de l'ordonnance d'envoi

en possession de l'art. 1006 et de l'art. 1008 C. civ., est conçue en ces termes : « Attendu que le recours doit être exercé dans les règles du droit commun, *c'est-à-dire en vertu de l'art. 475 du Code de procédure, par une opposition* devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance... » Or, l'art. 475 C. proc. civ. s'occupe bien de la tierce opposition (titre II du livre IV, 1^{re} partie, C. proc. civ.) (1).

(1) M. Bonjean nous semble donc avoir à tort invoqué les termes de cet arrêt à titre d'argument, et d'argument capital, en faveur de l'opposition proprement dite (Bonjean, *loc. cit.*, p. 121 et s., n° 263, et p. 498 et s., n° 948 et s.). Il s'agit bien d'une opposition, mais celle dont parle l'art. 475 C. proc. civ. n'est et ne peut être que la *tierce opposition* et non l'opposition proprement dite réglée par les art. 149-165 C. proc. civ.

TITRE TROISIÈME

JURIDICTION VOLONTAIRE, GRACIEUSE, DISCRÉTIONNAIRE ET JURIDICTION CONTENTIEUSE.

M. Bonjean a exposé dans son *Traité des ordonnances sur requête* un système nouveau, auquel nous avons réservé une place à part dans cette étude et que nous allons exposer maintenant seulement, parce que cet auteur, après un examen minutieux des opinions émises sur la matière, s'est trouvé amené à discuter la question de la distinction des juridictions en gracieuse et contentieuse, et que, hardi novateur, il a résolu la difficulté en la supprimant, moyen simple autant que radical. Nous allons donc en même temps expliquer, et au besoin discuter, ce système, tout en recherchant les origines et les raisons d'être de cette fameuse distinction.

Nous avons vu sans cesse reparaître au cours des pages précédentes les mots : juridiction gracieuse, volontaire, discrétionnaire, juridiction contentieuse. Selon que les auteurs classent les ordonnances sur requête dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, ils admettent ou repoussent le principe d'une voie de recours contre ces décisions. Qu'est-ce donc que la juridiction volontaire ou gracieuse ? Quel *critérium* la distingue de la juridiction contentieuse ? Quelle est l'origine de cette distinction ? Par quels textes est-elle établie ? Autant de questions extrêmement difficiles à résoudre à l'heure actuelle, pour deux raisons : le silence de

la loi et les dissidences des auteurs, dont l'une est d'ailleurs la conséquence de l'autre. En cette matière, au reste mal ou superficiellement explorée, il n'y a aucun principe certain : là où manquent les principes doit régner la confusion. Les auteurs ont, pour la plupart, accueilli cette distinction comme traditionnelle et n'ont guère jugé à propos d'étudier la base sur laquelle elle repose; Merlin a traité la question, non d'ailleurs sans inexactitudes. Et c'est seulement au cours de ces dernières années que M. Bonjean l'a étudiée avec quelque étendue d'information. Au reste, nous ne pouvons dans ces pages exposer la matière d'une façon complète; il faudrait pour cela consacrer des mois à l'étude des auteurs qui, de près ou de loin, ont pu toucher ou effleurer ce sujet, et des volumes devraient être employés à exposer la doctrine et à chercher une solution. Il nous manque, pour ce faire, à la fois le temps et l'espace. Nous exposerons seulement quelques idées générales, en cherchant jusqu'à quel point se justifie la conclusion de M. Bonjean qui, devant le silence de la loi et les hésitations des auteurs, demande la suppression de la distinction en deux juridictions, laquelle est, à son avis, purement arbitraire et artificielle ⁽¹⁾.

Les commentateurs du Code de procédure y trouvèrent des cas où la procédure ordinaire, longue, coûteuse, compliquée et contradictoire, était remplacée par une procédure rapide, économique, simple et non contradictoire; et au lieu d'y voir seulement une forme spéciale répondant à des besoins particuliers, ils y cherchèrent l'exercice d'un pouvoir spécial, la mise en œuvre d'une juridiction particulière, dont les principes devaient être radicalement opposés à ceux de la juridiction habituelle. Pour trouver un nom à

(1) Pour cette partie de notre étude, nous nous sommes inspiré fréquemment du remarquable exposé de M. Bonjean. *Op. cit.*

la chose, ils durent remonter jusqu'au droit romain où ils pensèrent découvrir une institution analogue, la juridiction volontaire. Voyons donc ce qu'était celle-ci. C'est là une question dont les juristes se sont peu occupés et, pour ne citer que deux auteurs, mais d'une autorité peu discutable, M. Accarias ne fait que nommer à deux ou trois reprises, en passant, la *jurisdictio voluntaria* et M. Girard la passe entièrement sous silence (Précis de Droit romain).

Un texte au Digeste jette quelque lumière sur la question ; le voici : *Omnes proconsules, statim quam urbem egressi fuerint, jurisdictionem habent ; « sed non contentiosam, sed voluntariam », ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri »* (Dig., Loi 2, *De off. procons.*).

Quel est, d'après les exemples donnés par ce texte, le caractère essentiel de cette juridiction volontaire ? C'est l'absence de tout litige, présent ou éventuel, l'accord des parties sur le point, fictivement litigieux, soumis au juge pour la forme. Il n'y a pas ici de lutte judiciaire (*contentiosa*) ; le défendeur *cedit in jure*, acquiesce à la prétention de son adversaire. Il en est ainsi pour tous les cas donnés en exemple : affranchissement, émancipation, adoption.

Le même caractère se retrouve dans un autre cas de juridiction volontaire : la *cessio in jure*, mode de transmission de la propriété, revêtu des formes d'un procès, mais sanctionnant en réalité la volonté et l'accord des parties.

Un autre caractère de cette juridiction volontaire, c'est que le magistrat, n'ayant pas à juger, étant un *consécrateur* plus qu'un juge, ne se livre à aucune *causæ cognitio* : il joue un rôle purement passif. C'est ce caractère qui permet de faire rentrer dans la juridiction volontaire les *mis-*

siones in possessionem. La *bonorum possessio* était demandée au magistrat et accordée par lui, mais sans *causæ cognitio*. « Quant au rôle du magistrat, il consiste non pas à vérifier les faits que le réclamant allègue et la qualité qu'il s'attribue, mais seulement à voir si, ces faits étant supposés vrais et cette qualité réelle, la demande paraît conforme à l'Edit. Il n'y a donc ici ni litige, ni *causæ cognitio* ; en d'autres termes, le magistrat fait acte de juridiction gracieuse (ou volontaire). » (Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 1258, § 439).

Les limites de la juridiction volontaire avaient été très nettement indiquées dès 1845 par le Président Bonjean, qui écrivait alors les lignes suivantes : « On dit que le magistrat exerce la juridiction volontaire quand il intervient dans les rapports des citoyens non pour mettre fin à un différend proprement dit, mais uniquement pour donner aux actes que les parties veulent faire une solennité sans laquelle ces actes n'auraient aucune valeur ou n'auraient qu'une valeur légale moindre. Le mot *volontaire* n'indique pas que le magistrat est libre d'accorder ou de refuser son concours, mais bien qu'il exercera son autorité *inter volentes*, c'est-à-dire entre personnes qui viennent spontanément réclamer son intervention. Dans la juridiction volontaire, le magistrat n'a point à donner gain de cause à l'un en condamnant l'autre, car *il ne statue pas sur une contestation*, il sanctionne, il ratifie, il consacre ; il ne tranche, *il ne décide rien*. » (Bonjean, *Traité des actions*, 1845, t. I, p. 59). Puis l'auteur cite comme exemples : l'affranchissement, l'émancipation, l'adoption, la *cessio in jure*, la nomination de tuteurs et curateurs. et, dans le nouveau droit, l'insinuation des donations.

La juridiction du Président statuant sur requête doit-elle

être considérée comme rentrant dans la juridiction volontaire ainsi définie et limitée? Evidemment non. Comment pourrait-il être question ici d'un accord entre les parties? Ou il y a à la mesure sollicitée un contradicteur éventuel, mais non déterminé encore, non individualisé, et alors, il ne peut être question d'accord; ou il y a un adversaire connu et il ne peut pas davantage en être question, puisque ce contradicteur n'est pas appelé et que la mesure est sollicitée à son insu. Le trait caractéristique de la juridiction sur requête serait donc plutôt de s'exercer sans accord possible entre les parties, si toutefois l'on peut donner ce nom de *partie* au contradicteur éventuel ou même déterminé du requérant.

Le deuxième élément de la juridiction volontaire, l'absence de *causæ cognitio* fait également défaut; nous avons déjà dit plusieurs fois au cours de cette étude que le juge a un pouvoir d'appréciation, qu'il doit statuer après examen sérieux et consciencieux des documents qu'il a en mains; documentation restreinte, soit! mais il n'en est pas moins vrai que le Président ne joue pas un rôle passif et désintéressé dans l'exercice de la juridiction sur requête.

A constater ces différences irréductibles entre les caractères constitutifs de l'une et de l'autre des deux juridictions, on se demande par suite de quelle erreur étrange l'on a pu établir entre elles une assimilation. Il a fallu pour cela, d'après M. Bonjean, une inexactitude, une sorte de contre-sens dans l'interprétation du texte précité du *Digeste*; et ce contre sens, c'est Merlin qui l'a commis, Merlin qui est l'auteur responsable de l'erreur initiale et de ses conséquences fâcheuses. Voyons donc la doctrine de Merlin sur ce point :

« J'ai déjà dit à l'article *juridiction contentieuse* que la

chose exprimée par ces mots est l'opposé de la chose désignée par ces mots : *juridiction gracieuse*. Et en effet, il existe dans le droit romain un texte célèbre dans lequel ces deux sortes de juridictions sont mises en opposition d'une façon frappante : loi 2, *De officio proconsulis* (suit le texte précité). Ce texte nous donne déjà une idée de ce qui constitue la juridiction volontaire, car il en résulte clairement qu'un juge fait un acte appartenant à cette juridiction lorsqu'il prête son ministère à l'adoption d'un enfant, etc. Est-ce précisément parce qu'il intervient *entre des parties d'accord*? *Non*. Car un jugement rendu entre deux parties dans une matière sujette à litige et sur laquelle leurs intérêts et leurs volontés sont accidentellement en harmonie, n'en appartient pas moins à la juridiction contentieuse, parce *qu'il y a nécessairement juridiction contentieuse là où il y a pouvoir de commander à l'une des parties ce que l'autre exige d'elle*. C'est donc uniquement à raison de ce que l'acte d'adoption, d'émancipation,... *interviennent entre des parties dont l'une ne pourrait pas être contrainte d'adhérer à la proposition de l'autre si elle y répugnait*. »

Il serait à désirer que l'auteur eût formulé sa pensée en des termes plus clairs ou l'eût développée davantage ; il est, en effet, assez difficile de déterminer exactement quelle a pu être l'idée de Merlin. Nous croyons cependant que le principe posé par l'auteur peut être expliqué de la façon suivante.

L'accord entre deux parties ne suffit pas pour imprimer à un acte du juge le caractère d'acte de juridiction volontaire. Supposons, par exemple, que *primus* revendique contre *secundus* un objet qui lui appartient bien en réalité, à lui *primus* ; devant le magistrat, *secundus* reconnaît le bien fondé de la prétention de son adversaire, *cedit in jure* ;

le magistrat n'a plus qu'à sanctionner cet acquiescement ; il y a accord des parties, et pourtant, il n'y a pas acte de juridiction volontaire. Pourquoi ? Parce que, nous dit Merlin, *il y a pouvoir de commander à secundus* ce que *primus* exige de lui. Que faut-il entendre par ces mots *pouvoir de commander* ? S'agit-il du pouvoir donné au magistrat d'imposer aux plaideurs la solution conforme au droit ? Non ; car ce pouvoir du magistrat est le même, quel que soit le caractère de la contestation, sérieuse ou feinte ; que si, en réalité, *primus* et *secundus* cachent une transmission de propriété sous le voile d'un procès fictif, le magistrat n'en a pas moins le pouvoir de commander à *secundus*, après que celui-ci a reconnu la prétention de *primus*. Nous pensons donc qu'il faut donner à ces mots *pouvoir de condamner* le sens de *possibilité de condamner*. Nous nous expliquons :

Si, dans notre hypothèse d'il y a un instant, c'est-à-dire *primus* étant réellement propriétaire de l'objet qu'il revendique, *secundus* vient à contester son droit et à se prétendre, lui aussi, propriétaire, alors qu'il ne l'est pas, le magistrat *pourra* obliger *secundus* à restituer l'objet à *primus* : une fois la vérification des droits respectifs des parties opérée, le juge reconnaîtra que c'est bien *primus* qui est propriétaire, il le proclamera, et dès lors le magistrat aura le pouvoir, la possibilité d'imposer à *secundus* ce que *primus* exige de lui. Supposons, au contraire, que *primus* revendique pour la forme, et dans le but d'opérer une translation de propriété à son profit, un objet appartenant en réalité à *secundus* ; que celui-ci, se ravisant au dernier moment, au lieu de *cedere in jure*, dénie la prétention de *primus*. Voilà une contestation, un procès ; le magistrat a le pouvoir d'imposer à celui des plaideurs que le juge désignera, l'exécution de ce qui est conforme au

droit. Mais dans l'espèce, il ne pourra pas imposer de restitution à *secundus*, précisément parce que celui-ci est bien propriétaire de l'objet du litige ; parce que l'état de choses existant est bien conforme au droit, qu'il n'y a pas lieu de le modifier. Dans notre hypothèse donc, *secundus* ne pourra être condamné que s'il y consent en acquiesçant à la demande de *primus* ; il n'y a donc pas *possibilité, pouvoir* pour le magistrat de le condamner s'il *n'adhère pas à la proposition* de *primus*.

En résumé, tout procès, réel ou fictif, suppose que l'une des parties demande une modification à l'état de choses actuellement existant ; si cet état de choses n'est pas conforme au droit, elle s'obtiendra et le juge aura le pouvoir d'imposer cette solution à l'autre partie ; si cet état de choses est conforme au droit, le demandeur sera débouté de ses prétentions si une contestation s'élève de la part de l'autre partie, et le juge ne pourra imposer la modification demandée au défendeur que si celui-ci y consent, s'il le veut bien, d'où le nom de juridiction *volontaire*.

Merlin continue, et sans devenir beaucoup plus clair : « Mais cette raison en présuppose une autre plus générale, savoir que c'est en vertu de la juridiction volontaire que le magistrat procède toutes les fois qu'il prononce sur une demande qui, soit par sa nature, soit par l'état des choses, n'est pas susceptible de contradiction. Et de là il suit que ce n'est pas dans un sens limitatif que la loi citée désigne l'adoption, etc.... comme actes de juridiction volontaire ; qu'elle ne les désigne comme tels que par la forme d'exemple et que l'on doit ranger dans la même catégorie non seulement tous les actes de juridiction que le juge fait entre des parties qui y consentent, et *sans le consentement desquelles ils ne pourraient avoir lieu*, mais aussi tous ceux qu'il fait

sur la demande d'une partie, sans qu'il doive ni puisse la communiquer préalablement à une autre partie ayant intérêt à la contredire. Pothier définit (*Pandectes*, livre 2, tit. I, n° 8) la juridiction volontaire *in volentes* plus exactement que Voët et Heineccius qui la définissent *inter volentes*.

Merlin, dans le premier passage que nous avons cité, s'efforce d'établir un critérium nouveau pour la distinction des deux juridictions : le trait caractéristique de la juridiction volontaire serait que la sentence a pour base non un droit, mais uniquement l'adhésion volontaire de la partie condamnée. Mais ce consentement à la sentence ne résulte-t-il pas précisément de l'accord des parties ? Cet accord, une fois établi sur le principe de la demande ne comporte-t-il pas l'adhésion de la partie à une sentence qui ne peut avoir pour base que cette adhésion ? Qu'il y ait un autre élément que l'accord des parties, que cet accord doive se produire en de telles circonstances que la sentence ne puisse avoir d'autre base que la volonté même des parties, et non le droit fictif qu'elles veulent faire reconnaître et sanctionner, c'est possible ; mais l'accord des parties n'en reste pas moins l'élément essentiel.

Merlin élargit la base de son système dans le deuxième paragraphe cité. Ce n'est plus seulement l'accord des parties, mais l'absence de contradiction qui détermine les actes de la juridiction volontaire. De sorte qu'il faut y faire rentrer : 1° les demandes non susceptibles de contradiction *par leur nature*, qui évidemment ne sont pas contentieuses, puisqu'il ne saurait en résulter aucune lutte judiciaire. Merlin ne détermine pas d'ailleurs exactement ce qu'il entend par ces mots : « non susceptibles de contradiction » et cite quelques lignes plus loin comme exemple l'ordonnance

commandant le dépôt d'un testament dans les minutes d'un notaire; or, c'est là un cas où la contradiction peut parfaitement se produire de la part de tel intéressé qui préfère tel notaire à tel autre (*Sic* Bonjean, *loc. cit.*, p. 796, n° 1743; voir *infra*, chap. xvii), où la demande est donc susceptible de contradiction par sa nature; 2° les demandes non susceptibles de contradiction *d'après l'état des choses*, c'est-à-dire qui comportent des décisions rendues en l'absence de la partie intéressée à contredire. Pour cette fois, nous sommes en complète divergence avec l'auteur, et nous pensons que la juridiction volontaire n'a rien à faire ici. L'élément essentiel fait défaut, à savoir l'accord des parties. S'il s'agit de demandes non susceptibles de contradiction *par leur nature*, peut-être est-il possible de les faire rentrer dans la juridiction volontaire, en disant que l'absence de toute contradiction possible implique l'accord des parties. Mais une demande susceptible de contradiction par sa nature, à la suite de laquelle aucun accord n'est possible par suite de l'absence de l'un des intéressés, ne doit pas être considérée comme rentrant dans la juridiction volontaire.

Au reste, pour réaliser cette extension singulière, Merlin est obligé de modifier la formule de juridiction *inter volentes* et de la transformer en *in volentes*. Il invoque, il est vrai, l'autorité de Pothier; ce dernier donnait-il à cette modification le sens et l'importance qu'y accorde Merlin? On en peut douter. En tout cas, la formule traditionnelle est celle de Voët et d'Heineccius: *inter volentes*. Nous allons voir au reste que le sens de ce *in volentes* est assez difficile à fixer.

Reprenons le texte de Merlin: « C'est donc à la juridiction volontaire qu'appartiennent et l'ouverture des testaments olographes ou mystiques, qui doit être faite par le Président du Tribunal et l'ordonnance par laquelle ce ma-

gistrat ordonne le dépôt de ces testaments dans les minutes d'un notaire et celle qui aux termes de l'art. 1008, doit être obtenue de lui par le légataire universel à l'effet d'être envoyé en possession des biens du défunt. En effet, quoique ces actes ne se fassent pas *inter volentes*, puisqu'il n'y a qu'une seule partie qui les requiert, ils se font cependant *in volentes*, c'est-à-dire *sur la réquisition de ceux qui y sont intéressés*, et ils ne pourraient avoir lieu sans cette réquisition. Les deux premiers portent d'ailleurs d'autant plus évidemment ce caractère que, par leur nature, ils ne sont pas susceptibles de contradiction ⁽¹⁾. Il n'en est pas de même à la vérité du troisième, c'est-à-dire de l'ordonnance d'envoi en possession ; car elle peut être contredite par l'héritier *ab intestat*. Mais le moment de la contradiction n'est pas encore venu pour celui-ci quand elle intervient ; elle doit être rendue sans que l'héritier *ab intestat* soit entendu ni appelé. Et c'en est assez pour que ce troisième acte appartienne à la juridiction volontaire. »

Merlin développe et explique la formule *in volentes*. Il est visible qu'il a remplacé *inter* par *in* afin de pouvoir élargir le cadre de la juridiction volontaire ; *inter* supposait deux parties d'accord ; *in* supprime cette nécessité. Mais comment traduire ce *in* ? Merlin s'explique ainsi : « *in volentes*, c'est-à-dire *sur la réquisition (volentes)* de ceux qui y sont *intéressés* et ils ne pourraient avoir lieu sans cette réquisition ». Dans le premier passage que nous avons cité, l'auteur prétendait établir que le trait caractéristique de la juridiction volontaire est de s'exercer « *entre* des parties dont l'une ne saurait être contrainte d'adhérer à la proposition de l'autre, si elle y répugnait ». Il y avait donc consentement d'une par-

(1) Nous avons relevé, il y a quelques lignes, l'inexactitude de cette assertion en ce qui concerne l'ordonnance de dépôt.

tie; et cette partie dont la volonté était ainsi mise en œuvre, était le défendeur au procès fictif, celui *contre qui* était intentée la demande fictive; nous étions alors tenté de traduire *in* par le mot *contre* : juridiction s'exerçant *contre* une partie consentante. Maintenant l'exercice de cette juridiction suppose encore la mise en œuvre de la volonté d'une partie, même la *réquisition des intéressés*, elle ne pourrait avoir lieu sans cette réquisition. Mais cette fois, c'est de la volonté du demandeur qu'il s'agit, du consentement de l'intéressé qui requiert l'intervention du magistrat. Dès lors, impossible de traduire ce *in* par *contre*, puisque c'est en faveur, dans l'intérêt du requérant que se fait l'acte requis. Peut-être alors faut-il traduire ce *in* par à l'égard de : juridiction qui s'exerce à l'égard d'une partie consentante, traduction qui embrasserait les deux hypothèses visées par Merlin, suivant qu'il y a deux parties ou une seule.

Une remarque encore. S'il fallait comprendre dans la juridiction volontaire tous les actes du juge qui sont faits sur la réquisition des intéressés et ne pouvant avoir lieu sans cette réquisition, il faudrait y faire rentrer même les jugements contradictoires qui supposent toujours l'intervention du demandeur saisissant les tribunaux, qui sans elle ne seraient pas saisis et ne pourraient intervenir. C'est donc là un *criterium* bien insuffisant.

Au reste, nous ne chercherons pas plus longtemps à trouver un sens précis à ce *in*; nous pensons, en effet, avec M. Bonjean, que Merlin n'a choisi cette formule que pour étendre la notion de la juridiction volontaire, en réalité très précise et très restreinte en droit romain.

Nous pensons que les actes qui ne sont pas susceptibles de contrainte par leur nature ne rentrent pas à vrai

dire dans la juridiction contentieuse ; mais qu'ils ne rentrent pas non plus dans la juridiction volontaire, qui a pour trait essentiel de s'exercer entre des parties *d'accord* sur une demande *qui pourrait être contestée*, par conséquent en des matières parfaitement et essentiellement *susceptibles de contradiction*, et dans lesquelles cette contradiction n'est écartée précisément que par l'accord des parties. Quant aux demandes susceptibles de contradiction par leur nature, mais dans lesquelles cette contradiction ne se produit pas parce qu'on ne lui donne pas la possibilité de se produire effectivement, nous croyons qu'elles ne peuvent à aucun titre rentrer dans la juridiction volontaire, l'accord des parties faisant défaut (1).

D'ailleurs nous allons voir, en continuant l'exposé de la théorie de Merlin, que le deuxième élément de la juridiction volontaire, l'absence de *causæ cognitio*, ne se rencontre pas dans la conception de l'auteur : « Il faut examiner si le mi-

(1) Sur ce point, nous avons contre nous M. Bonjean qui estime au contraire que Merlin revient aux vrais principes en définissant *juridiction volontaire* celle qu'exerce le magistrat quand il prononce sur une demande qui, soit par sa nature, soit par l'état des choses, n'est pas susceptible de contradiction. Nous pensons que bien au contraire, la demande, dans *tous* les cas de juridiction volontaire cités par le texte du *Digeste*, est par sa nature susceptible de contradiction : l'accord des parties ne change pas sa nature intrinsèque ; elle n'est pas contredite justement parce que les parties s'accordent pour éviter toute contradiction ; et la forme même de l'acte, ce procès fictif, prouve que la demande est par sa nature susceptible de contradiction. Quant aux demandes non susceptibles de contradiction, « d'après l'état des choses », nous pensons que M. Bonjean ne s'est pas rendu compte que Merlin nomme ainsi les demandes sur lesquelles le juge prononce « sans qu'il puisse ni doive les communiquer préalablement à une autre partie ayant intérêt à la contredire », c'est-à-dire en somme les décisions sur requête, dont M. Bonjean admet le caractère contentieux, et qu'il cite comme exemple l'ordonnance d'envoi en possession de l'art. 1008 C. civ. que M. Bonjean fait rentrer dans la juridiction contentieuse.

nistère du juge qui exerce la juridiction est purement passif, c'est-à-dire si elle exclut de la part du juge toute recherche sur le bien fondé de la demande qu'on lui adresse. L'affirmative serait incontestable si l'on s'en rapportait à Heineccius, qui dit que cette juridiction s'exerce *sine causæ cognitione*; mais dans ce système, le cadre des véritables actes de juridiction volontaire se trouve prodigieusement serré. On devrait sans doute y comprendre l'ouverture des testaments olographes et mystiques, ainsi que l'ordonnance de dépôt chez un notaire qui ne doivent être précédés d'aucune connaissance de cause. La question doit se résoudre par une distinction simple : ou il s'agit d'un acte de juridiction volontaire et alors il est clair que le juge ne peut pas plus refuser l'interposition de son autorité qu'un notaire ne peut refuser de passer un acte de son ministère. Ou il s'agit d'un acte de juridiction volontaire qui ne peut être fait qu'en connaissance de cause ; et, dans ce cas, nul doute que le juge ne puisse éconduire la partie qui lui fait la demande ».

La juridiction volontaire telle qu'elle nous apparaît dans le texte précité du Digeste semble bien exclure toute *causæ cognitio*, pour cette raison qu'une *causæ cognitio* aboutirait pour le juge à constater la contradiction la plus absolue entre la demande et le droit, entre l'affirmation des parties et les circonstances de la cause. Merlin met délibérément de côté ce second élément et la raison principale qu'il en donne est celle que nous avons indiquée plus haut, la crainte de resserrer le cadre de la juridiction volontaire.

Puis l'auteur reproduit la théorie de d'Argentrée sur les éléments de la *causæ cognitio* qui serait tantôt *legitima* et *probatoria*, c'est-à-dire résultant uniquement de preuves recueillies par les voies légales (juridiction contentieuse),

tantôt *informatoria*, c'est-à-dire résultant de tous les moyens propres à éclairer la religion du juge. Nous repoussons toute *causæ cognitio* dans l'exercice de la juridiction volontaire proprement dite; nous ne discuterons pas cette théorie spéciale qui a trouvé peu d'écho dans notre droit ⁽¹⁾.

M. Bonjean conclut en ces termes : « En résumé, tout le mal est venu d'un contre-sens trop évident commis dans la traduction des mots *jurisdictio voluntaria* de la loi 2 au *Digeste* citée plus haut. On a considéré par une étrange erreur, que cette épithète *volontaire* concernait *non les parties* mais *le magistrat*, lequel aurait été libre de statuer en s'inspirant de l'unique caprice de sa volonté personnelle, et dans ces conditions, il était naturel de donner comme synonymes de l'épithète *volontaire* les nouveaux adjectifs *gracieux*, *discretionnaire*. Or ces derniers termes sont des non-sens, si l'on se rappelle le caractère essentiel de la juridiction volontaire à Rome. » (Bonjean, *loc. cit.*, nos 223-224, p. 108).

C'est bien, en effet, par suite d'un sens inexact donné au mot *volontaire* que se sont introduites dans la langue juridique ces deux dénominations nouvelles. Seulement

(1) *Proinde notandum est discrimen cognitionum quæ cum legitima causæ cognitione fiunt, id est actore, reo et iudice constantibus et earum quæ ad informandum judicantis animum duntaxat fiunt, ut postulanti potestatem suam accommodat, sed adversarium et intercedentem nullum habeat, ut cum tutela datur...* (d'Argentrée, *Coutume de Bretagne*, art. 1).

Est enim altera alterius naturæ jurisdictio, quæ causæ et ipsa cognitionem desiderat, cujusmodi sunt judicantium plerique decreta... quæ etsi aliter non adhibentur quam causa cognita, tamen non fiunt in forma contentiosa nec cujusdam vocatio exigitur ad hoc quidem ut ullum suum interesse particulare deducat in iudicium, sed ad instruendum judicantis animum, qui aliter auctoritatem suam accommodare nequit petenti, quam ex informatione causarum quas lex requirit (d'Argentrée, *Coutumes réformées* en 158), art. 1).

nous ne croyons pas que Merlin soit bien l'auteur de cette interprétation qui fait intervenir la *volonté du magistrat* et lui donne un pouvoir discrétionnaire : du moins, dans les passages précités, ce n'est pas le sens qu'il donne à sa formule *in volentes*. Ceci dit, nous pensons que toutes ces dénominations résultent de fausses interprétations, que c'est à tort qu'elles sont entrées dans la langue et à tort aussi que les auteurs ont élargi arbitrairement le cadre de la juridiction volontaire telle que le droit romain la concevait.

Si l'on veut à toute force découvrir dans notre droit actuel quelque chose d'analogue à la juridiction volontaire, il faut chercher ailleurs que dans la matière des ordonnances sur requête : « On pourrait, dans notre société moderne, trouver des analogies à ce pouvoir spécial, non pas dans celui du Président statuant sur requête, mais bien plutôt dans celui du notaire, dont l'intervention est obligatoire pour la validité de certaines conventions, telles que les contrats de mariage, les donations, les hypothèques conventionnelles. (Bonjean, *loc. cit.*, p. 106, n° 214). Nous allons voir, en examinant la question d'un peu plus près, que le savant auteur relève une analogie absolument frappante et qui se justifie par de puissantes raisons d'ordre historique.

» Le notariat moderne tire son origine du moyen âge. Les *notarii* étaient des espèces de greffiers attachés aux diverses juridictions laïques et ecclésiastiques, dont ils rédigeaient les actes. Ils constataient également les conventions des particuliers lorsqu'elles étaient *reconnues devant la justice*. La rédaction de ces contrats « en la court » n'était qu'une *application des idées romaines sur la confessio in jure*. Peu à peu, les notaires prirent l'habitude de rédiger

eux-mêmes ces actes hors la présence du juge, mais toujours en son nom. Cette origine du notariat explique les formules qu'on lit dans les anciens actes notariés portant que les parties sont « comparues devant le notaire *comme en droit* ou en jugement » et dans la fin des actes que les parties « ont été de leur propre consentement *jugées et condamnées* à entretenir et accomplir tout ce qui est contenu au contrat » (1). On peut donc dire que, par la façon dont il a pris naissance, le notariat n'est *qu'un rameau du pouvoir judiciaire*, qui s'en est détaché pour exercer par une sorte de délégation partielle une des applications les plus importantes de la juridiction gracieuse. » (Planiol, *Traité de droit civil*, 1^{re} partie, chap. iv, t. II, n° 139, p. 42).

Les lignes que nous venons de citer confirment pleinement l'opinion de M. Bonjean qui voit dans l'intervention notariale les vestiges indiscutables de la juridiction volontaire. L'autorité, émanant d'abord uniquement de la juridiction au nom de laquelle étaient rédigés ces actes, a fini par appartenir aux notaires, de greffiers devenus officiers publics. Une preuve sensible de cette origine, c'est encore ce fait que les actes notariés sont revêtus de la formule exécutoire, privilège qu'ils partagent avec les seuls actes émanés du pouvoir judiciaire; c'est une preuve de plus qu'à l'origine c'était l'autorité judiciaire elle-même qui intervenait pour constater et consacrer la volonté des parties.

Nous concluons avec M. Bonjean que la *juridiction volontaire* doit être mise hors de cause en notre matière, si l'on veut donner à ce mot le sens et la portée qu'il avait en droit romain, et que ni le mot ni la chose ne s'appliquent au pouvoir du Président statuant sur requête.

(1) Loyseau, *Traité des offices*, livre II, chap. v, § 49-51.

Quant à l'appellation de *juridiction discrétionnaire*, nous pensons qu'elle ne convient pas plus pour qualifier ce même pouvoir. Ou cette expression signifie que le Président est libre de rejeter ou d'agréer la demande qui lui est présentée ; et alors elle ne peut servir à caractériser une juridiction en particulier ; car le juge est toujours libre de repousser les prétentions d'un plaideur si elles ne lui semblent pas conformes au droit et à la justice ; ou cette expression signifie qu'il peut *arbitrairement* et *selon son caprice* agréer ou repousser la demande, et alors c'est une inexactitude. Car, même statuant sur requête, même avec peu de documents en main, le Président est tenu d'examiner les circonstances et de se prononcer conformément à ce qu'il croit le droit. Ecartons donc aussi cette appellation de « juridiction discrétionnaire. »

Reste la dénomination de « juridiction gracieuse » qui, à ce que nous pensons, et nous nous expliquerons tout à l'heure sur ce point, ne convient pas à notre matière, ou du moins ne lui convient qu'en de certains cas et sous certaines distinctions.

Mais, sans nous attacher aux mots, étudions la chose qu'ils représentent, et examinons avec M. Bonjean si cette conception d'une juridiction spéciale trouve une base quelque part, soit dans les textes soit dans le raisonnement.

« Dans le Code de procédure civile ? Mais il n'en dit pas un mot, il n'y fait pas la moindre allusion, et l'on ne peut considérer un tel silence comme la preuve d'un organisme qui aurait constitué le contrepied des principes essentiels de notre droit moderne. Dans la procédure antérieure à la Révolution ? Et notamment dans les prérogatives qui appartenaient au prévôt de Paris ou au lieutenant civil ? Mais le seul ouvrage complet que nous possédions sur la

procédure du XVIII^e siècle est celui si remarquablement écrit par Pigeau, imprimé en 1779, sur la procédure pratiquée au Châtelet de Paris. Or, je ne pense pas qu'on puisse une seule fois rencontrer dans ces dix-huit cent pages les épithètes que je repousse ».

Puis M. Bonjean cite un texte de Pigeau (voir page 60, note) qui assimile absolument l'ordonnance rendue par le juge sur requête à un jugement. Et il continue : « C'est avec de semblables audaces, avec de semblables méconnaissances de l'histoire, des textes et des principes qu'on a produit nécessairement le désordre trop incontesté au milieu duquel s'agite, sans pouvoir en sortir, et cela depuis près d'un siècle, une jurisprudence trop soumise à une terminologie que les définitions mêmes de celui qui l'avait émise suffisaient à répudier ».

« *Juridiction contentieuse*. — Il faut maintenant conclure en disant que les pouvoirs du Président statuant sur requête, n'appartenant pas à cette chimérique juridiction volontaire, gracieuse ou discrétionnaire, constituent l'une des formes simplifiées de la *juridiction contentieuse*, les ordonnances dont s'agit impliquant toujours une contradiction au moins à l'état latent ». (Bonjean, *loc. cit.*, p. 109 et s. nos 231 et s.)

Puis M. Bonjean, examinant les différents répertoires de jurisprudence, constate que plusieurs d'entre eux ne parlent pas de la juridiction gracieuse et assimilent les ordonnances sur requête à des jugements ordinaires ; ce fait semblerait venir à l'appui de la thèse de l'auteur et indiquer l'abandon d'une distinction toute traditionnelle, mais surannée, sans base sérieuse, arbitraire et artificielle.

Sans vouloir reprendre point par point et discuter tous les arguments de M. Bonjean, du moins chercherons-nous

à établir en peu de mots que l'on ne peut admettre sans réserve la solution radicale proposée par lui. Que la distinction combattue ne trouve pas une base bien solide dans les textes, nous le pensons ; que l'on ne veuille reconnaître qu'une seule juridiction, sans lui donner un nom spécial, de peur de ne pouvoir embrasser dans une qualification déterminée tous les cas où peut s'exercer cette juridiction, c'est encore admissible. Mais ne reconnaître qu'une juridiction *contentieuse* et y faire rentrer toutes les manifestations du pouvoir du juge, voilà qui nous paraît inacceptable.

Le mot *contentieux* indique bien nettement l'existence d'une contradiction au moins éventuelle ; il implique un débat possible, une *lutte* entre des intérêts contraires. Or il est des actes qui nécessitent l'intervention du magistrat indépendamment de toute contradiction, alors même que toute contradiction est impossible de par la nature de la demande. Est-il exact de faire rentrer ces actes-là dans la juridiction contentieuse ? Sans sortir de notre sujet, il est quelques cas, rares il est vrai, mais il y en a, où la requête présentée au Président sollicite son intervention à un titre purement platonique en quelque sorte, sans que le requérant ait devant lui aucun adversaire présent ni éventuel. Dans ces cas là, l'ordonnance rendue ne froissera aucun droit, ne lèsera aucun intérêt. Il ne peut y avoir là exercice de la juridiction contentieuse.

De sorte que, si l'on dit que l'exercice de la juridiction, que l'intervention du juge, sans qualification spéciale, a pour but de rendre l'état des choses conforme à ce qui est le droit, l'on pourra faire rentrer dans cette formule tous les cas prévus par la loi, en n'admettant qu'une sorte de juridiction. Mais si l'on parle de juridiction contentieuse, il est de toute nécessité d'admettre à côté de celle là, la plus fré-

quemment exercée, une autre juridiction qui, pour ne pas avoir de base dans les textes, n'en a pas moins une dans le raisonnement, et il faudra s'occuper de lui donner un nom : juridiction gracieuse, ou telle autre désignation indiquant l'absence de lutte judiciaire.

M. Bonjean lui-même n'a pas pu échapper à la nécessité de classer sous une rubrique spéciale certaines ordonnances sur requête. Après avoir posé en termes si énergiques le principe, il est obligé de reconnaître l'existence d'exceptions. Voici en effet en quels termes est conçue une note qui fait immédiatement suite à sa conclusion : « Toutefois, certaines ordonnances rendues sur requête paraissent avoir le caractère d'*actes administratifs*, conformément à la pensée du beau rapport de M. de Peyramont. Telles sont celles qui interviennent pour ordonner le dépôt d'un testament olographe, pour commettre un huissier chargé de faire certaines significations, pour désigner un magistrat, un expert, un notaire, en cas d'empêchement de ceux préalablement nommés. Mais il n'y a là qu'une apparence.

« En effet, d'une part, on peut parfaitement admettre qu'un tiers ait intérêt à contester la désignation faite par le Président. D'autre part, voulût-on nier la contradiction possible, ces ordonnances n'en seraient pas pour cela des actes administratifs. Ces derniers, en effet, sont essentiellement gracieux ou discrétionnaires en ce sens que le fonctionnaire compétent peut librement statuer dans un sens ou dans l'autre, sans aucun motif de sa décision et même refuser de statuer. Or personne n'aurait l'étrange idée de prétendre qu'un Président de Tribunal pourrait, sans commettre un déni de justice, refuser d'accomplir ces actes que la loi lui confie, et qui sont indispensables au fonctionne-

ment même des rouages prévus par notre droit. L'art. 506 C. proc. civ. est d'ailleurs formel sur ce point.

« Sans doute, le Président peut repousser la requête qui ne lui semblerait pas suffisamment justifiée ; mais ce n'est pas là un caractère spécial à sa juridiction, toute autorité judiciaire ayant exactement le même privilège, c'est-à-dire celui de débouter le demandeur qui ne justifie pas de ses prétentions. Si l'on voulait absolument qualifier la juridiction du Président quand elle s'applique à ces actes spéciaux, il faudrait l'appeler une juridiction *forcée* ou *volontaire* dans le sens du droit romain ».

Ainsi en fin de compte, M. Bonjean est obligé d'admettre l'existence d'une juridiction *non contentieuse*. Il repousse l'épithète de « juridiction *administrative* » ; nous ne le suivrons pas sur ce terrain où les discussions naissent et s'éternisent comme à plaisir. Il admet les qualifications de « *forcée* et *volontaire* » ; cette dernière expression nous paraît peu exacte, d'après les explications mêmes données par l'auteur sur la *jurisdictio voluntaria* en droit romain. Pourquoi ne pas adopter l'épithète « juridiction *gracieuse* » consacrée par la tradition ?

Au reste, peu importe le nom, pourvu que l'on pose exactement les limites de la juridiction contentieuse. Nous nous trouvons ainsi ramené à la question essentielle du débat : quelles demandes, quelles décisions du juge faut-il faire rentrer dans la juridiction contentieuse ? Quelles en exclure ? Quel *critérium* adopter ?

Nous avons au début de cette étude examiné les diverses opinions émises par les auteurs sur ce point en ce qui concerne les ordonnances sur requête ; nous avons évité de conclure personnellement et même de discuter au fond, nous bornant à un simple exposé. D'après ce que nous

avons dit au cours des pages qui précèdent, il est aisé de voir que nous nous rallions à la théorie de M. Cazalens ; nous l'avons indiquée tout au long au n^o 8 du § 2 du titre I, nous n'y reviendrons pas d'une façon détaillée ; nous rappellerons le principe seulement.

Sur la question du classement des différents actes dans les juridictions gracieuse ou contentieuse, deux écoles se sont formées : l'une a pour représentant M. Cazalens qui se base *non sur la forme des actes* pour les classer, mais *sur la nature de la demande* : suivant que l'acte peut ou non porter préjudice à des tiers, il appartiendra à la juridiction contentieuse ou non. La demande est-elle par sa nature susceptible de contradiction ? l'ordonnance, la décision d'une façon générale sera contentieuse. Il n'est pas nécessaire que la lutte judiciaire se produise immédiatement ; il suffit que la mesure sollicitée soit de nature à amener un conflit d'intérêts. Que la loi ait organisé une procédure en dehors de toute contradiction, pour des raisons spéciales, pour répondre à des besoins de rapidité exceptionnels, ou parce que l'adversaire éventuel n'est pas encore déterminé, ou parce que la mesure requise risquerait de devenir inefficace vis-à-vis d'un contradicteur averti, cela ne change rien à la nature même de la demande.

Prenons un exemple : l'art. 54 du décret du 30 mars 1808 autorise à présenter au Président du Tribunal requête à fin d'ordonnance pour autoriser une saisie-revendication ou pour « toutes autres mesures d'urgence ». La saisie-revendication n'est-elle pas susceptible de contradiction ? Si. Et si un propriétaire, au lieu de procéder par voie de requête, usait de la voie ordinaire pour obtenir permission de saisir-revendiquer, n'admettrait-on pas le caractère contentieux de la décision autorisant la mesure ? Le fait qu'il y a ur-

gence ne doit pas changer le caractère de l'acte qui soulève toujours la contradiction au même degré. Une mesure quelconque, qui sera demandée d'habitude par la voie ordinaire cessera-t-elle d'appartenir à la juridiction contentieuse parce qu'il y avait urgence et que l'on aura employé la voie de la requête ? La contradiction, il est vrai, ne peut pas se produire au moment même de l'ordonnance rendue ; elle n'en est pas moins possible, et dès lors on se trouve en matière contentieuse. L'impossibilité pour la contradiction de se produire devant le magistrat ne rend que plus nécessaire l'ouverture de voies de recours permettant à la défense de s'exercer au moins après coup.

Cette idée que la juridiction contentieuse comprend toutes matières contentieuses, éveillant l'idée de lutte judiciaire, de conflit d'intérêts, semble admise par M. Garsonnet qui s'exprime en ces termes : « ... la juridiction gracieuse dont le caractère essentiel est de ne supposer *aucun adversaire connu ou même présumé* ». Mais il ne range pourtant pas les ordonnances sur requête dans la juridiction contentieuse et crée une troisième solution, arbitraire parce qu'elle n'a de base ni dans les textes ni dans les principes, en les faisant rentrer dans l'exercice d'un soi-disant pouvoir discrétionnaire que nous avons combattu en temps et lieu. Pour nous, comme pour M. Cazalens, un acte susceptible de contradiction, présente ou simplement éventuelle, rentre dans la juridiction contentieuse ; et c'est là le cas de la très grande majorité des ordonnances sur requête.

La deuxième école est représentée par M. Glasson qui adopte un système absolument différent ; son point de départ est tout autre ; il se fonde pour déterminer le caractère d'un acte, non sur la *nature* de la demande, mais sur la *forme* de la décision : « Pour savoir si une ordonnance est

gracieuse ou contentieuse, il faut rechercher si *dans l'intention du législateur*, il s'agit d'une mesure qui peut être accordée directement à une partie seule ou si au contraire la question doit faire l'objet d'un débat entre les deux plaideurs... Si le Président a le tort de se substituer au Tribunal et de statuer par son ordonnance sur la dispense de la tentative de conciliation, il rend une ordonnance nulle en matière contentieuse. Sans doute *le défendeur n'a pas été appelé*, mais *cette circonstance ne saurait rendre la procédure gracieuse*; celle-ci ne prend ce caractère qu'autant que *le défendeur ne doit pas être appelé*. » (Glasson, note sous Dalloz, 96, 1, 5.) L'ordonnance sur requête est un acte valable de juridiction gracieuse en tant qu'elle intervient dans un cas où la loi autorise cette procédure et, comme telle, n'est susceptible d'aucune voie de recours; elle est un acte nul de juridiction contentieuse, en tant qu'elle intervient en dehors de ces cas, et peut être attaquée.

Ainsi dans tous les cas où la loi admet l'usage de la voie de la requête à fin d'ordonnance, le seul fait que la contradiction est écartée suffit à déterminer le caractère gracieux de la décision rendue. Cette théorie s'inspire de l'adage fameux d'Henrion de Pansey : « Tout ce qui se fait sur requête appartient à la juridiction gracieuse »; c'est là une maxime qu'a longtemps dominé la matière et que nous avons entendu commenter par certains praticiens de la façon suivante : « *Par définition*, la juridiction sur requête est *gracieuse* : si une décision est unilatérale, si elle est rendue sans que l'adversaire éventuel ou connu soit cité et appelé à contredire, sans qu'il *doive* être appelé à se défendre, si l'on use de cette procédure extrêmement simple et rapide créée par la loi pour certains cas urgents, *par ce fait même, par ce fait seul*, la décision appartient à la juri-

diction gracieuse. Peu importe que l'objet de la demande et de la décision soit *contentieux par sa nature*, qu'il y ait un adversaire, que la mesure requise appelle la contradiction et la lutte judiciaire au premier chef; l'on est *en matière contentieuse*, mais dans l'exercice de la *juridiction gracieuse*, parce que cette juridiction s'exerce en dehors de toute contradiction *effective*. Matière contentieuse et juridiction contentieuse sont deux choses distinctes, et la juridiction gracieuse (question de forme, concrète) peut parfaitement fonctionner en une matière contentieuse (question de fond, de nature, abstraite). L'ordonnance d'envoi en possession du légataire universel de l'art. 1006 C. civ. est de nature à atteindre les intérêts de l'héritier du sang, elle appelle la contradiction de celui-ci; pourtant cette décision appartient à la juridiction gracieuse, quoique de nature contentieuse, parce qu'elle est rendue sur simple requête, en dehors de toute contradiction.

Cette théorie qui fait rentrer dans l'exercice de la juridiction gracieuse des décisions rendues en des matières contentieuses, nous paraît à tout le moins illogique. La juridiction gracieuse quant à la forme ne doit-elle pas s'exercer en matière gracieuse? Et celle contentieuse en matière contentieuse? Mais, en tout cas, en admettant que, *par définition*, toute décision rendue en la forme *sur requête* soit *gracieuse*, est-ce une raison pour refuser tout recours contre cette décision, si elle est rendue *en matière contentieuse*? Où sont les textes, où sont les raisons et les arguments qui font écarter tout recours et proclamer la souveraineté de ces actes? Et si une décision, *gracieuse* en la forme, est rendue en une matière *contentieuse* par nature, n'est-il pas d'autant plus nécessaire d'admettre un recours que la partie adverse, qui a un droit imprescriptible à se défendre, n'a

pas été appelée à le faire ? Que la forme dans laquelle une décision a été rendue serve de base pour régler la forme du recours à exercer, soit ; mais ce qui détermine l'ouverture en principe d'un recours, c'est la nature de la demande, selon qu'elle est ou non susceptible de contradiction.

Nous concluons en rejetant absolument le principe exprimé par Henrion de Pansey dans sa maxime, trop longtemps admise, à titre de véritable axiôme par la doctrine et par la jurisprudence, qui ont toutes deux subi depuis quelques années une évolution remarquable dans un sens diamétralement opposé (voir *infra*, jurisprudence).

TITRE QUATRIÈME

JURISPRUDENCE

Sur notre question, la jurisprudence est tout aussi partagée que la doctrine et offre la confusion la plus grande ⁽¹⁾. Pourtant une évolution semble s'être accomplie et la Cour de cassation a, il y a quelques années à peine, posé énergiquement le principe d'un recours. Voici en quelques mots les fluctuations de la jurisprudence. Pendant longtemps, c'est la théorie de la juridiction gracieuse qui domine : les tribunaux refusent toute voie de recours. A part un arrêt de la Cour de Bordeaux de 1817 et un de la Cour de Toulouse, de 1827, toutes les décisions ou à peu près sont en ce sens jusque vers 1840. A partir de cette date, un assez grand nombre d'arrêts admettent l'appel ; un plus petit nombre l'opposition, soit devant le Tribunal, soit devant le Président. M. de Belleyne introduit la réserve d'en référer. Jusqu'à ces dernières années, c'est l'appel qui semble réunir les suffrages des cours, tandis que certains tribunaux s'obstinent à repousser toute espèce de voie de recours. La réserve d'en référer disparaît peu à peu ; actuellement, elle n'est presque plus usitée, sauf en matière de saisie-arrêt. Mais l'opposition (certains disent : la tierce opposition) d'abord timidement admise, gagne du

(1) Pour ne prendre qu'un exemple, la Cour de Cassation refusait toute voie de recours (théorie de la juridiction gracieuse) le 25 juillet 1854 ; elle admettait l'appel le 8 août 1854, c'est-à-dire quinze jours après, puis le 26 novembre 1867. Enfin le 3 avril 1895, elle admettait la tierce opposition.

terrain ; et, à mesure qu'elle trouve des auteurs pour la défendre, elle trouve aussi des tribunaux pour l'adopter. Un des derniers monuments de la jurisprudence est un arrêt fondamental de la Cour de cassation, en date du 3 avril 1895, qui reconnaît le caractère contentieux de l'ordonnance sur requête et admet comme voie de recours générale la tierce opposition. Voici un certain nombre de décisions classées par ordre chronologique jusqu'en ces dernières années.

A. REFUSANT TOUTE VOIE DE RECOURS.

Colmar, 17 avril 1817.

Bruxelles, 3 janvier 1823.

Toulouse, 13 juillet 1827, D., 29, 2, 29.

Colmar, 18 décembre 1827.

Bordeaux, 24 août 1829.

Paris, 6 juillet 1830, D., 30, 2, 245.

Douai, 31 octobre 1835, S., 36, 2, 38.

Douai, 8 décembre 1836, S., 38, 2, 374.

Cassation, 20 mai 1840, D., 40, 1, 223.

Paris, 3 décembre 1841, S., 42, 2, 171.

Paris, 3 février 1842, *Gaz. Trib.*, 18 mai et 3 août 1842.

Toulouse, 1^{er} août 1842, S., 42, 2, 71.

Toulouse, 23 août 1842, P., 43, 1, 749.

Paris, 28 août 1843, S., 44, 2, 114.

Paris, 16 décembre 1843, S., 44, 2, 114.

Riom, 25 janvier 1844, D., 44, 2, 197.

Paris, 25 mars 1844, P., 44, 1, 673.

— 25 août 1845, P., 46, 1, 113.

— 6 décembre 1845, *ibid.*

— 11 février 1846, D., 47, 4, 14.

— 18 mars 1847, D., 47, 4, 14.

- Paris, 18 mai 1850, D., 54, 5, 466.
Rouen, 9 août 1851, S., 52, 2, 283.
Paris, 21 janvier 1852 S., 52, 2, 264.
Paris, 8 avril 1853, S. 53, 2, 181.
Besançon, 12 juillet 1853, D. 54, 2, 90.
Paris, 25 mars 1854, S. 54, 2, 173.
Montpellier, 7 avril 1854, S. 55, 2, 294.
Douai, 21 juillet 1854, S. 56, 2, 116.
Cassation, 25 juillet 1854.
Paris, 22 juin 1855, S. 57, 2, 49.
Bruxelles, 4 juillet 1855, S. 57, 2, 49.
Riom, 12 mars 1856.
Paris, 15 mars 1856, S. 56, 2, 204.
Douai, 18 juin 1856, S. 57, 2, 49.
Paris, 24 juillet 1858.
Bastia, 12 février 1859, S. 59, 2, 253.
Lyon, 6 mai 1861. S. 61, 2, 487.
Cassation, 13 août 1862, S. 62, 1, 929.
Bordeaux, 6 mai 1863, S. 63, 2, 155.
Bourges, 5 juin 1863.
Paris, 22 décembre 1865.
— 3 mai 1867, S. 67, 2, 189.
— 4 mai 1867, *ibid.*
Angers, 23 août 1867, S. 69, 2, 108.
Paris, 22 février 1868.
Angers, 26 novembre 1868, D. 69, 2, 14.
Paris, 19 janvier 1869.
Pau, 30 mai 1870, S. 71, 2, 26.
Paris, 31 juillet 1871, S. 72, 2, 24.
— 7 août 1871, S. 72, 2, 195.
— 8 août 1871, S. 72, 2, 195.
— 6 février 1872, D. 72, 2, 227.

Paris, 19 février 1872, D. 72, 2, 227.

— 24 juin 1872, D. 75, 2, 151.

Bordeaux, 16 juillet 1872, S. 72, 2, 291.

Paris, 27 août 1872, S. 85, 2, 185.

— 1^{er} avril 1873.

— 19 avril 1873.

— 2 mai 1873, D. 75, 2, 73.

— 10 février 1874.

— 24 février 1874.

— 1^{er} mai 1874.

Poitiers, 12 août 1874, S. 74, 2, 254.

Paris, 3 février 1876.

— 25 juillet 1877.

— 27 juin 1878, S. 78, 2, 215.

Riom, 6 décembre 1878, D. 80, 2, 3.

Rennes, 20 mai 1879, D. 81, 2, 8.

Paris, 20 juillet 1880, S. 80, 2, 132.

— 14 décembre 1882, S. 83, 2, 151.

— 15 décembre 1882, *ibid.*

— 26 mars 1884, S. 86, 2, 28.

Rouen, 7 mai 1885.

Dijon, 14 novembre 1890, D. 92, 2, 49.

Dijon, 25 mars 1892, D. 92, 2, 244.

Alger, 7 novembre 1892, D. 93 2, 529.

Paris, 15 janvier 1894, D. 96, 1, 5 (cassé).

Dijon, 1^{er} juin 1894, D. 95, 2, 360.

Aix, 22 novembre 1894, D. 96, 2, 330.;

Paris, 20 mars 1899, *France judiciaire*, 99, 2, 548.

Paris, 29 mars 1899, *Pand.* 1900, 2, 7.

B. — ADMETTANT DES VOIES DE RECOURS.

I. — Opposition.

Contre :

Metz, 24 novembre 1819.

Bordeaux, 24 août 1829, S. 30, 2, 24 et D. 30, 2, 69.

Paris, 15 janvier 1894, D. 94, 2, 168.

a) — Opposition devant le Tribunal

Pour :

Cassation, 2 mai 1837, S. 37, 1, 510.

Cassation, 20 mai 1840, S. 40, 1, 606.

Cassation, 26 juillet 1854, S. 54, 1, 545.

Aix, 11 décembre 1858, S. 59, 2, 173.

Besançon, 26 février 1868, S. 68, 2, 252.

Limoges, 14 décembre 1878, S. 79, 2, 266.

Contre :

Cassation, 13 février 1838, S. 39, 1, 300.

Cassation, 2 mai 1867, D. 67, 1, 473.

Cassation, 26 novembre 1867, D. 68, 1, 73.

Nancy, 16 mai 1896, D. 96, 2, 411.

b) — Opposition devant le Président

Bordeaux, 16 août 1817, Devilleneuve et Carette, 1^{re} série,
2, 316.

Toulouse, 10 juillet 1827 (*Pandectes*).

Cassation, 24 avril 1844, S. 45, 1, 66.

Rennes, 20 janvier 1849, S. 49, 2, 576.

Bourges, 10 juin 1855, D. 55, 2, 105.

Gand, 28 mars 1856, S. 57, 2, 119.

Cassation, 25 février 1857, D. 57, 1, 113.

Cassation, 16 mai 1860, S. 61, 1, 181.
Lyon, 18 mars 1864, S. 64, 2, 306.
Besançon, 5 mai 1869, S. 70, 2, 50.
Agen, 7 juillet 1869, S. 69, 2, 331.
Dijon, 24 janvier 1896, D. 97, 2, 307.
Bourges, 4 janvier 1897, D. 97, 2, 307.
Alger, 1^{er} mars 1897, D. 97, 2, 478.
Civ. Cassat., 13 avril 1897, D. 97, 1, 357.
Dijon, 15 décembre 1897, D. 97, 2, 472.
Bruxelles, 9 juin 1898, D. 1900, 2, 245.
Bordeaux, 10 février 1899, D. 99, 2, 183.
Orléans, 5 avril 1900, *Gaz. Trib.* 31 mai 1900.
Beauvais, 17 novembre 1900, *Gaz. Trib.* 31 janvier 1901.
Béziers, 17 janvier 1901, *Monit. Midi*, 10 février 1901.
Pont-Audemer, 13 mars 1901, D. 1901, 2, 255.
Req. Cassat., 14 mai 1901, *Gaz. Pal.* 1901, 187.
Caën, 20 mai 1901, *Le droit*, 3 janvier 1902.

II. — Tierce opposition.

Bourges, 18 juin 1855, D. 56, 2, 204.
Cassation, 3 avril 1895, S. 95, 1, 221 et D. 96, 1, 5.
Rouen, 7 janvier 1900, *Répert. gén. du notariat* 1901, 492.

III. — Appel.

Contre l'appel.

Cassation, 2 mai 1837, S. 37, 1, 510.
Cassation, 25 juillet 1854, S. 54, 1, 545.
Paris, 1^{er} mai 1874, D. 75, 2, 73.
Cassation, 10 novembre 1885, D. 86, 1, 209.
Paris, 5 janvier 1889, D. 91, 2, 49.
— 18 juillet 1889, D. 91, 2, 467.
— 24 avril 1891, D. 91, 2, 467.
Cassation, 16 décembre 1889, D. 90, 1, 263.

Cassation, 5 mars 1890, D. 90, 1, 477.
Pau, 14 mars 1890, D. 92, 2, 9.
Cassation, 1^{er} juillet 1890, D. 90, 1, 469.
Pau, 30 octobre 1891, D. 92, 2, 167.
Paris, 1^{er} mai 1893, *Gaz. Trib.*, 27 décembre 1893.
Dijon, 1^{er} juin 1894, D. 94, 2, 360.
Dijon, 14 novembre 1890, D. 92, 2, 49.
Pau, 25 mai 1892, D. 92, 2, 245.
Nancy, 4 avril 1893, D. 94, 2, 117.
Nancy, 20 décembre 1892, D. 93, 2, 9.
Dijon, 25 mai 1892, D. 92, 2, 244.
Caen, 20 novembre 1893, D. 94, 2, 167.
Bordeaux, 23 juin 1885, D. 86, 2, 197.
Douai, 21 janvier 1884, D. 87, 2, 17

Pour l'appel :

a) — Appel par le requérant au cas de refus.

Caen, 7 mars 1873, D. 75, 2, 137.
Riom, 6 décembre 1878, D. 80, 2, 3.
Limoges, 3 janvier 1881, S. 81, 2, 184.
Dijon, 11 juin 1883, S. 83, 2, 70.
Bordeaux, 23 janvier 1855, S. 85, 2, 185.

Contre :

Boulogne, 15 octobre 1900, *Gaz. trib.*, 3 nov.

b) Appel par le tiers intéressé.

Bastia, 10 janvier 1849, D. 52, 2, 130.
Bordeaux, 23 juin 1847, P. 47, 2, 525.
Riom, 6 mai 1850, S. 50, 2, 454.
Paris, 8 décembre 1852, S. 53, 2, 608.
Besançon, 12 juillet 1853, D. 54, 2, 90.
Cassation, 8 août 1854, P. 2, 231.
Paris, 6 et 23 janvier 1866, D. 66, 2, 130.

Cassation, 26 novembre 1867, S. 68, 1, 73.
Nancy, 13 juin 1869, D. 70, 2, 113.
Nancy, 3 février 1870, D. 70, 2, 113.
Montpellier, 3 décembre, 1870, D. 75, 2, 73-76.
Riom, 6 décembre 1878, D. 80, 2, 3.
Limoges, 3 janvier 1881, S. 81, 2, 104.
Dijon, 11 janvier 1883, S. 83, 2, 70.
Nancy, 19 mai 1883, S. 84, 2, 124.
Aix, 29 août 1883, S. 84, 2, 69.
Bordeaux, 23 juin 1885, S. 85, 2, 185.
Bordeaux, 23 mars 1887, D. 88, 2, 109.
Pau, 25 mars 1891, *Gaz. trib.*, 27 avril 91.
Nancy, 20 décembre 1892, D. 94, 2, 9.
Liège, 24 février 1897, D. 99, 2, 118.
Dijon, 10 décembre 1900, D. 1901, 2, 112.

IV. — Réserve d'en référer.

Paris, 11 février 1868, D. 71, 2, 85.

Caractère de la seconde ordonnance rendue sur l'exercice de la réserve.

a) Non susceptible d'appel.

Paris, 3 décembre 1841, S. 42, 2, 171.
Paris, 28 août 1843, *Journal du Palais*.
Paris, 25 mars 1844, *Journal du Palais*.
Paris, 25 août 1845, *Journal du Palais*, 46, 1, 113.
Paris, 6 décembre 1845, *Ibid*.
Paris, 18 mars 1847, D., 47, 4, 14.
Rouen, 9 août 1851, S. 52, 2, 283.
Paris, 21 janvier 1852, S. 52, 2, 464.
Paris, 8 août 1853, S. 53, 2, 181.
Montpellier, 7 avril 1854, S. 55, 2, 294.
Paris, 29 juin 1855, S. 55, 2, 406.

Paris, 15 mars 1856, S. 1856, 2, 204.
Paris, 24 juillet 1858, D. 58, 2, 144.
Bastia, 12 février 1859, S. 59, 2, 253.
Paris, 25 août 1860, D. 60, 2, 318.
Cassation, 13 août 1862, S. 62, 1, 929.
Lyon, 6 mai 1861, S. 61, 2, 487.
Paris, 3 et 4 mai 1867, S. 67, 2, 189.
Paris, 31 juillet 1871, S. 72, 2, 24.
Paris, 7 août, 1871, S. 72, 2, 195.
Paris, 6 février 1872, S. 73, 2, 156.
Bordeaux, 16 juillet 1872, S. 72, 2, 291.

b. — Susceptible d'appel

Paris, 13 octobre 1836, D. 38, 2, 241.
Paris, 22 décembre 1837, S. 38, 2, 118.
Rouen, 2 février 1841, D. 42, 2, 25.
Caen, 2 février 1841, S. 41, 2, 261.
Paris, 9 septembre 1841, *Journal du Palais* à sa date.
Paris, 7 février 1842, *Ibid.*
Paris, 10 mars 1848, D. 49, 2, 252.
Bordeaux, 19 mars 1855, S. 55, 2, 405.
Paris, 9 juillet 1855, D. 56, 5, 47.
Bordeaux, 14 avril 1856, D. 56, 2, 215.
Lyon, 25 avril 1856, S. 56, 2, 465.
Lyon, 29 juin 1857, S. 58, 2, 209.
Cassation, 16 mai 1866, S. 61, 1, 181.
Paris, 16 juin 1866, S. 67, 2, 189.
Paris, 16 août 1866, S. 67, 2, 189.
Paris, 28 janvier 1870, D. 71, 2, 164.
Paris, 11 mars 1870, D. 71, 2, 85.
Paris, 30 avril 1870, D. 71, 2, 85.
Alger, 19 novembre 1870, S. 72, 2, 195.

Montpellier, 26 décembre 1870, D. 73, 2, 73.
Lyon, 10 décembre 1871, D. 72, 2, 134.
Alger, 29 avril 1872, S. 72, 195.
Paris, 30 juillet 1875, D. 76, 2, 40.
Paris, 17 août 1875, Ibid.
Paris, 3 février 1876, *Le Droit*, 2 mars 1876.

V. — Cassation.

Rejet du pourvoi direct

Cassation, 30 juillet 1828, S. 28, 1, 146.
Cassation, 4 janvier 1841, S. 41, 1, 317.
Cassation, 16 mai 1860, S. 61, 1, 181.

DEUXIÈME PARTIE

SPÉCIALITÉS

CHAPITRE PREMIER

ANNONCES SUPPLÉMENTAIRES

Art, 697 C. proc. civ. « Lorsque, indépendamment des insertions prescrites par l'article précédent, le poursuivant, le saisi ou l'un des créanciers inscrits estimera qu'il y aurait lieu de faire d'autres annonces de l'adjudication par la voie des journaux, le Président du Tribunal devant lequel se poursuit la vente pourra, si l'importance des biens paraît l'exiger, autoriser cette insertion extraordinaire. Les frais n'entreront en taxe que dans le cas où cette autorisation aurait été accordée. *L'ordonnance du Président ne sera soumise à aucun recours* ».

L'art. 697 C. proc. civ. fournit un argument en faveur des voies de recours ouvertes en notre matière (argument *a contrario*). La loi repousse ici toute voie de recours évidemment par mesure d'économie et de rapidité et y est autorisée par l'importance relativement minime des intérêts en jeu. Les adversaires des voies de recours ont tiré un argument d'analogie de ce même article 697. Nous avons examiné la question précédemment à propos des art. 192 et 417 C. proc. civ. (pages 56 et s.).

CHAPITRE II

ARBITRAGE

I. — *Voies de recours contre l'ordonnance de désignation.*

Le Président du Tribunal peut, en vertu de l'art. 1017 C. proc. civ., au cas de partage des arbitres, nommer sur la requête de la partie la plus diligente, et si les arbitres ne sont pas d'accord pour la désignation, un tiers, un départiteur. La doctrine a étendu ce procédé de désignation au cas d'empêchement d'un des arbitres.

Quelles sont les voies de recours ouvertes? M. de Belleyme pense que l'on ne peut recourir à une instance au principal contre l'ordonnance; cette solution semble conforme à l'esprit de la loi. (En ce sens, Paris, trib. de la Seine, 4 novembre 1831 : « Attendu que le Tribunal a épuisé sa compétence par la nomination faite par son Président par son ordonnance sur requête... », le motif est d'ailleurs exprimé en assez mauvais termes). Le même auteur pense qu'on peut se pourvoir par une simple sommation de se présenter devant le Président; c'est là une solution peut-être très simple en pratique, mais qui ne trouve de base dans aucun texte. M. de Belleyme admet d'ailleurs aussi la voie directe de l'appel.

M. Bonjean rejette l'appel et admet l'opposition portée en référé devant le Président, tandis que M. Naquet l'admet devant le Tribunal.

Il nous paraît certain que les parties ont un intérêt visible

à intervenir dans la nomination du tiers arbitre et que, si l'une d'elles a obtenu sur requête une désignation qui n'a-grée pas à l'autre, celle-ci pourra intervenir. Et même, par exception, nous serions tenté d'admettre l'opposition proprement dite, malgré ce que nous avons dit en traitant de ce recours, parce que chacune des parties, étant avertie soit de l'empêchement d'un arbitre, soit de la nécessité de nommer un tiers, a pu se mettre en mesure d'adresser requête au Président. De sorte que, si une seule l'a fait, l'on ne peut guère dire que l'autre ait été tenue en dehors de l'instance. Il y a ici égalité de droits entre les parties et possibilité pour chacune de parer aux éventualités de la situation; on ne peut plus dire que la mesure ait été obtenue *par surprise*. Dès lors que la partie non requérante a été avertie de la situation, elle peut être assimilée à une partie défaillante. Au reste, l'opposition sera portée en référé devant le Président et l'ordonnance rendue sur cette opposition sera susceptible d'appel.

II. Voies de recours contre l'ordonnance d'exequatur.

Spécifions d'abord qu'il s'agit ici de voies de recours à diriger contre l'ordonnance d'*exequatur* prise en elle-même, et non du recours spécial créé par l'art 1028 C. proc. civ. Ce texte indique cinq cas où les parties se pourvoiront *par opposition à l'ordonnance d'exécution* devant le Tribunal qui l'aura rendue et *demandront la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral*. Nous avons établi, et il n'y a d'ailleurs aucun doute sur ce point, que ce recours s'attaque non à l'ordonnance même, mais au jugement arbitral, à la sentence dont on demande l'annulation. L'art. 1028 ne saurait donc être invoqué en ce qui concerne le recours dirigé contre l'ordonnance même. (En ce sens : Fuzier-Hermann, *Réper-*

toire de jurisprudence, v^o appel civil, n^o 1279; Bonjean, *loc. cit.*, n^{os} 337 et s., p. 194; Boitard, *Leçons de procédure*, t. II, p. 632, n^o 1211; Bertin, *loc. cit.*

Cette distinction n'a pas toujours été faite bien nettement et l'art. 1028 C., proc. civ. eut sur la jurisprudence une influence non douteuse. Certains tribunaux, enclins à admettre l'opposition contre l'ordonnance prise en elle-même se crurent obligés de porter cette opposition devant le Tribunal lui-même, appliquant l'art. 1028 à ce cas pour lequel il n'est pas fait. Mais la plupart, hostiles à une opposition ainsi dirigée, plutôt que de l'admettre dans ces conditions et de faire le Tribunal juge d'un acte de son Président, refusèrent toute autre voie de recours que l'appel; c'est ainsi que ce dernier fut adopté par la majorité de la jurisprudence qui voulait rentrer dans le droit commun; celui-ci est, selon l'expression de M. Dupin (arrêt du 13 février 1839, S., 39, 1, 300), « que le Tribunal ne soit pas, par une opposition à l'ordonnance de son Président, rendu juge de cette ordonnance, mais que le recours soit porté à une juridiction supérieure, laquelle ne saurait être autre que la Cour. »

La doctrine est très partagée.

4^o Nombre d'auteurs sont partisans de l'opposition et rejettent l'appel (*Sic.* Carré, I, 336. Montgalvy, n^o 641 du *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*. Goubeau de la Billennerie, *Traité général de l'arbitrage*, p. 403. De Vatimesnil, *Encyclopédie du droit*, n^o 267. Favard de Langlade, t. I, p. 203. Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v^o Arbitres, n^o 621. Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, eod. v^o n^o 183); et ce, pour demander la nullité de l'ordonnance d'*exequatur*, même si elle est attaquée pour cause d'incompétence. Il faudrait au contraire user exclusivement de l'appel, s'il s'agissait d'un refus de délivrance

de la formule ou si l'ordonnance était contraire aux lois ou à l'ordre public (*Sic.*, Paris, 14 mai 1829 ; 9 février 1861, D. 62, 2, 257).

2^o Talandier a proposé une autre distinction : Si l'ordonnance a refusé l'*exequatur* pour cause de nullité du jugement arbitral, l'opposition serait la seule voie de recours recevable. Si la mesure a été refusée parce que le jugement arbitral aurait été rendu en violation de la loi, il faudrait user exclusivement de l'appel.

M. Bonjean résume ainsi les distinctions proposées : « 1^o Si le Président a *refusé* la formule, l'ordonnance constitue un véritable jugement et la voie de l'appel est seule ouverte ; si, au contraire, l'ordonnance est attaquée comme émanant d'un magistrat incompétent, c'est par opposition qu'il faut se pourvoir devant le tribunal. 2^o Si le Président refuse l'*exequatur* pour cause de nullité du jugement arbitral, l'opposition sera seule admise ; si, au contraire, le refus est motivé pour violation de la loi, l'appel seul sera ouvert. »

3^o Des auteurs se sont élevés avec force contre ces distinctions, les prétendant artificielles et arbitraires, sans base dans les textes⁽¹⁾ : « Pourquoi ces distinctions ? On en

(1) « Pourquoi ces distinctions ? On en cherche vainement la raison et la justification. Que l'appel soit seul possible contre le refus motivé d'apposer l'ordonnance d'exécution, cela se comprend, mais ce qui ne se comprend plus, c'est en vertu de quel principe, de quel texte, on porte directement devant le tribunal le recours élevé contre l'ordonnance de son Président. Si l'art. 1021 C. proc. civ. a constitué le tribunal, auquel appartient le Président qui a rendu l'ordonnance, juge de l'exécution du jugement arbitral lorsque cette exécution a été ordonnée, cela ne veut nullement dire qu'il soit constitué juge de l'acte même qui a ordonné cette exécution : il faudrait pour cela que le tribunal fût juridiction supérieure vis-à-vis du magistrat qui a rendu l'ordonnance, ce qui ne saurait être admis. » (Fuzier-Hermann, *Répertoire de jurisprudence*, eod. v^o n^{os} 1283 et s.).

cherche vainement la cause et la signification: Quels sont les principes, quels sont les textes sur lesquels on peut s'appuyer? En tout cas, comment admettre l'opposition devant le tribunal? Ce dernier n'est pas constitué par la loi juge de l'ordonnance de son Président. » (Crépon, *Traité de l'appel civil*, nos 1284 et s.).

Cependant la question ne nous semble guère pouvoir être résolue sans une distinction. En effet, l'ordonnance d'*exequatur* peut être rendue sans introduction de requête, par le Président agissant de son propre mouvement, après dépôt de la minute du jugement et présentation de ladite par le greffier. Dans ce cas, il n'y a pas ordonnance sur requête et nous pensons que les deux parties en dehors desquelles la décision a été rendue, peuvent user de l'opposition devant le Président, en référé.

Si l'ordonnance a été rendue sur la requête de l'une des parties, nous retombons dans le droit commun de la matière; l'autre partie pourra se pourvoir par opposition. Si le Président a refusé de délivrer l'*exequatur*, le requérant pourra, conformément à ce que nous avons exposé plus haut, porter l'affaire en appel devant la Cour au moyen d'une requête.

JURISPRUDENCE

En faveur de l'opposition

Cassation, 1^{er} frimaire an XII.

Douai, 15 mars 1833, S. 33, 2, 562.

Orléans, 27 mars 1844, S. 45, 2, 88.

Poitiers, 9 mars 1830, D. 30, 2, 185.

Bourges, 20 mars 1830, D. 30, 2, 185.

Aix, 13 mai 1833, D. 34, 2, 184.

En faveur de l'appel.

Turin, 24 germinal an XII.

Rennes, 13 mai 1813.

Paris, 14 mai 1829.

La Haye, 18 avril 1821.

Paris, 31 décembre 1823.

Paris, 13 février 1839, S. 39, 1, 300.

Paris, 24 juin 1851.

Bastia, 10 mars 1846, D. 46, 2, 73.

Rennes, 11 décembre 1848, D. 50, 2, 29.

Paris, 24 juin 1854, D. 54, 5, 41.

Paris, 2 février 1861, D. 62, 2, 47.

Caen, 28 décembre 1869 et 17 juillet 1871.

Bordeaux, 6 mars 1882.

CHAPITRE TROISIÈME

ASSIGNATIONS A BREF DÉLAI

L'ordonnance rendue par le Président peut être simplement abrégative des délais, ou en outre dispenser du préliminaire de conciliation.

I. — *Ordonnance simplement abrégative.*

Nous retrouvons ici toutes les controverses examinées dans la partie générale ; les opinions sont extrêmement partagées et la jurisprudence mal fixée.

a) Certains arrêts admettent que le défendeur assigné à bref délai doit attaquer l'assignation comme nulle devant le tribunal et critiquer comme contraire aux lois l'ordonnance qui a autorisé l'abréviation des délais. Le Tribunal, sur la preuve faite annulera l'ordonnance et l'assignation devra être donnée à nouveau en respectant les délais. (En ce sens : Cassation, 25 juillet 1854, S. 54, 1, 545 ; Aix, 11 décembre 1858, S. 59, 2, 173 ; Limoges, 14 décembre 1878, S. 79, 2, 266 ; Bertin, *loc. cit.*, nos 911-912 ; Crépon, *Appel civil*, t. I, nos 1275, 1276.)

b). L'ordonnance est un acte *souverain*, émané du *pouvoir discrétionnaire* et ne saurait être l'objet d'aucun recours, de quelque sorte qu'il soit. Cette opinion pousse à l'extrême la théorie de la juridiction gracieuse et ne reconnaît même pas à la partie le droit de critiquer devant le Tribunal, dans l'instance même introduite par l'assignation, l'ordonnance du Président. Le défendeur ne peut que de-

mander au Tribunal un délai pour préparer ses moyens de défense ; mais le Tribunal ne peut prononcer la nullité de l'ordonnance ni de l'assignation. (En ce sens. Colmar, 17 avril 1817 et 18 décembre 1827, *Pand. chronol.*; Toulouse, 13 juillet 1827, Paris, 6 juillet 1830 ; Douai, 31 octobre 1835 et 8 décembre 1836. S. 36, 2, 38, et 38, 2, 374 ; Douai, 18 juin 1856. S. 57, 2, 49).

c). Il faut agir par voie *d'opposition*, portée devant le juge auquel la demande est soumise. (En ce sens. Rome, 2 mai 1811 ; Bourges, 20 décembre 1831 ; Cassation 25 juillet 1854. S. 54, 1, 545. Aix, 11 décembre 1858 (précité) ; Limoges, 14 décembre 1878 (préc.) ; Pau, 29 février 1864. S. 64, 2, 100. Favard, v^o Ajournement, § 4, n^o 3 ; Delaporte, *Pandectes françaises*, t. I, p. 88 ; Thomine-Desmazures, *Commentaire sur le C. proc. civ.*, p. 176 ; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, p. 161).

d). Ce n'est pas par opposition, mais *par voie d'appel* qu'il faut agir. (En ce sens. Toulouse, 13 juin 1823 ; Bordeaux, 25 juin 1847. S. 47, 2, 661).

Remarquons d'ailleurs qu'au cas particulier, la nécessité d'une voie de recours spéciale contre l'ordonnance ne s'impose pas avec la même rigueur qu'en bien d'autres cas : en effet, le but d'une opposition ou d'un appel serait d'ajourner la solution, d'obtenir un délai, de retarder les débats ; or ce but sera atteint très simplement en critiquant devant le Tribunal la régularité de l'assignation mal à propos autorisée. C'est dans le procès même introduit par l'assignation que ce moyen de forme sera proposé *in limine litis*.

II. Ordonnance dispensant du préliminaire de conciliation

Nous retrouvons ici les mêmes dissidences, et la question ici n'est plus du domaine de la théorie ; en effet, dans la

pratique, la plupart des requêtes demandant l'autorisation d'assigner à bref délai n'ont qu'un but : éviter le préliminaire de conciliation. Nous nous plaçons donc sur un terrain essentiellement pratique :

Premier système. — L'ordonnance est *souveraine, discrétionnaire* et soustraite à toute voie de recours ; elle ne saurait même être critiquée devant le Tribunal sous forme d'une *exception* tirée de l'irrégularité de l'assignation. (En ce sens : Colmar, 17 avril 1817 et 18 décembre 1827. D. 29, 2, 29 ; Toulouse, 13 juillet 1827 ; Paris, 6 juillet 1830. D. 30, 2, 245 ; Douai, 31 octobre 1835. S. 36, 2, 38 ; et 8 décembre 1836. S. 38, 2, 374 ; et 18 juin 1856. S. 57, 2, 49 ; Besançon, 12 juillet 1853. D. 54, 2, 90 ; Bruxelles, 4 juillet 1855 ; Riom, 12 mars 1856 ; Bourges, 5 juin 1863 ; Rennes, 20 mai 1879. D. 81, 2, 8 ; Toulouse, 13 juillet 1827. D. 32, 2, 42 ; Cassation, 20 mai 1840. D. 40, 1, 223 ; Riom, 25 janvier 1844. D. 44, 2, 197 ; Toulouse, 28 août 1884. D. 85, 2, 217 ; Béthune, 27 février 1874. Bioche, *Questions*, n° 67 ; Rodière, *Lois de la compétence et de la procédure*, t. I, p. 313 ; Chauveau, *Supplément*, n° 378 ; Carré et Chauveau, *Questions*, 78 ; Boitard-Glasson, t. I, n° 190 ; Bonfils, n° 718 ; De Belleyme, *loc. cit.*, t. I, p. 96). Un arrêt de Paris, du 22 juin 1855 (S. 57, 2, 49), a affirmé énergiquement le principe de la souveraineté de l'ordonnance : « Attendu que le Président... est investi à cet égard d'un pouvoir *discrétionnaire* et *souverain*, *affranchi de tout contrôle et de tout recours*... que sa décision... *échappe à toute critique fondée*, et ne saurait donner ouverture à *aucun recours, soit par voie d'exception, soit par voie d'opposition ou d'appel*... » Nous n'avons pas à faire de nouveau ressortir les dangers de cette jurisprudence. (Bonjean, *loc. cit.* n° 398.)

Deuxième système. — L'ordonnance, souveraine quant à l'abréviation du délai, cesse de l'être quant à la dispense de conciliation, et une *exception* peut être opposée (En ce sens : Cassation, 24 mai 1840, S. 40, 1, 609 ; Paris, 23 juillet 1854, D. 54, 2, 89 ; Besançon, 6 janvier 1863, D. 63, 2, 112 ; Toulouse, 28 août 1884, D. 85, 2, 217. — Favard de Langlade, *Répertoire*, v^o *ajournement*, § 4, n^o 5 ; Boncenne, *loc. cit.*, p. 161 ; Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 176). La décision la plus récente en ce sens est un jugement du tribunal de Rocroy, en date du 16 juin 1899, (*Gaz. Pal.*, 99, 2, 420). L'arrêt précité de Toulouse (28 août 1884) déclare nettement que l'ordonnance est une décision purement provisoire, aux risques et périls de celui qui l'obtient ; qu'au tribunal seul appartient l'appréciation de la question de savoir s'il y avait urgence ; que la nullité de l'ajournement peut être proposée et que l'exploit peut être annulé ; que le droit du défendeur reste donc intact.

Troisième système. — A côté de la voie de l'exception, ce système admet l'*opposition devant le tribunal* (En ce sens : Cassation, 23 juillet 1854, S. 54, 1, 545). Nous répèterons ici l'objection déjà faite de nombreuses fois : le tribunal n'a pas le droit de réformer directement, sur opposition, la décision de son Président ; il ne le peut que par une exception présentée par le défendeur à l'instance engagée sur l'ordonnance. L'opposition devrait être portée devant le Président statuant en référé.

M. Bertin a tenté de justifier cette solution en objectant que, en réalité, l'opposition n'est point dirigée contre l'ordonnance ; celle-ci, de juridiction gracieuse, n'est susceptible d'aucun recours d'aucune espèce. Mais la critique s'adresse non à la décision, mais à la mesure autorisée. De

telle sorte que l'autorité du Président reste intacte, que la hiérarchie est respectée, le résultat pratique étant le même⁽¹⁾. M. Bertin se base surtout sur ce fait que les droits des tiers n'ont pu être diminués par l'ordonnance et que la question d'urgence peut être encore discutée. Nous avons expliqué dans les *Généralités* combien subtile nous paraît être au fond cette distinction, toute de forme, mais sans résultats pratiques.

Il y a une commune critique à adresser aux deux derniers systèmes que nous venons d'indiquer. Ils admettent un recours contre l'ordonnance dispensant du préliminaire de conciliation seulement, et non contre celle qui abrège simplement la durée des délais. On se demande pourquoi l'une des décisions est souveraine et non l'autre. La jurisprudence ne donne pas de raison satisfaisante de cette distinction qui n'a pas de base.

M. Glasson, dans une note parue au Dalloz (D. 85, 2, 217), cherche à justifier cette solution mixte : « Ainsi le demandeur obtient l'autorisation d'assigner à bref délai en s'adressant directement au Président et sans mettre en cause le défendeur. Donc, dans l'intention du législateur, cette ordonnance sur requête est un acte de juridiction gracieuse. La loi entend au contraire que la question de savoir si une affaire est dispensée du préliminaire de conciliation pour cause d'urgence soit jugée après un débat auquel les deux parties auront pu prendre part ; cette question est donc de juridiction contentieuse, elle doit être jugée

(1) Cette solution est juridique et pas de nature à compromettre l'autorité du Président qui a donné l'autorisation d'après les explications de l'une des parties, et par conséquent dans des conditions totalement différentes de celles qui se produisent alors que la question d'urgence a été contradictoirement débattue devant le tribunal. » (Bertin)

par le tribunal. » Or, est-il vrai que le Président soit sans droit pour dispenser du préliminaire de conciliation ?

A s'en tenir au texte de l'art. 49 C. proc. civ., un doute pourrait subsister ⁽¹⁾. Mais il y a en outre l'art. 54 du décret du 30 mars 1808, ainsi conçu : « Toutes requêtes à fin... et autres mesures d'urgence et celles pour assigner à bref délai seront présentées au Président du Tribunal qui les répondra par son ordonnance ». Nous avons établi plus haut la généralité des termes de cet article; il est bien certain que la dispense de conciliation constitue une mesure d'urgence et par là rentre dans les pouvoirs du Président. D'ailleurs l'expression employée par l'art. 54. « celles pour assigner à bref délai » ne limite pas l'abréviation à la suppression des délais, et, précisée par le terme qui précède, d'une portée si générale, peut parfaitement viser aussi la dispense de conciliation. Il y aurait beaucoup à dire sur la question en détaillant les arrêts. (En notre sens : Bonjean, *loc. cit.*, p. 207, n° 380 et note 2; Crépon, *Appel civil*; Paris, 22 juin 1855, S. 57, 2, 49, très important. En faveur de la distinction : Montpellier, 20 septembre 1847; *Journal des avoués*, 76, 574; Paris, 8 décembre 1851; *Ibid.*, 8 décembre 1852, S. 53, 2, 177, et arrêts précités *supra*; Dijon 15 décembre 1897, D. 97, 2, 472.)

En pratique, la requête demandant autorisation d'assigner à bref délai n'a d'autre but que d'obtenir dispense du préliminaire, et l'ordonnance qui accorde cette mesure, « autorisons... à assigner à bref délai et à jour fixe... », comporte la dispense de conciliation, sans même qu'elle soit visée en termes exprès. (En ce sens : Cassation, 29 janvier

(1) Art. 49 C. proc. civ. : « Sont dispensées du préliminaire de conciliation...; 2° les demandes qui requièrent célérité. »

1838, S. 38, 1, 642; Riom, 20 novembre 1836; Pau, 29 février 1864, S. 64, 2, 100; Douai, 18 juillet 1836, S. 57, 2, 49; Caron, *De la juridiction civile des juges de paix*, n° 787; Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, p. 132; Bonfils, n° 661; Carré et Chauveau, question 208; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure civile*, v° Ajournement, n° 69.)

Au reste, la dispense du préliminaire de conciliation est une mesure devenue générale dans beaucoup de tribunaux de première instance; la tendance à la suppression de cette formalité est très nette, et c'est en partie pour favoriser cette tendance et après constatation de l'inutilité pratique du préliminaire que la jurisprudence a facilité la dispense en reconnaissant au Président le droit de la conférer par ordonnance sur requête.

Quatrième système. — Ce système rejette l'opposition, mais admet l'appel; certains arrêts, seulement pour excès de pouvoir (En ce sens, Paris, 8 décembre 1852, S. 53, 2, 177; Bordeaux, 25 juin 1847, S. 47, 2, 664; Besançon, 12 juillet 1853, (cassé le 25 juillet 1854). S. 54, 1, 545) d'autres, en tous les cas; ces derniers se basent d'ailleurs sur une assimilation avec les ordonnances de référé qui nous paraît absolument inacceptable; nous avons expliqué précédemment la différence entre les deux sortes d'ordonnances. (En ce dernier sens. Lépinoy. *De l'appel*, thèse, sect. IV, § V.)

Cinquième système. — Il faut admettre de la part du défendeur et l'exception déduite *in limine litis* et l'opposition portée en référé devant le Président. C'est l'opinion à laquelle nous nous rangeons, à ceci près qu'au lieu de dire « opposition », nous dirons « tierce opposition ».

Il est à noter qu'une certaine jurisprudence refuse à la partie qui ne s'est pas pourvue contre l'ordonnance le droit d'opposer sous forme d'exception la nullité de l'assignation autorisée par cette décision. (En ce sens : Bourges, 20 décembre 1841, *Pand. chronol.*; Paris, 8 avril 1853, S. 53, 2, 181; Cassation, 4 janvier 1841, S. 41, 1, 317.) L'ordonnance deviendrait donc irréfragable par la non-protestation immédiate. Cette idée nous paraît en contradiction avec le principe que l'ordonnance sur requête n'a qu'un caractère essentiellement provisoire et que le Tribunal peut, après un débat au principal, juger à nouveau la question tranchée au provisoire par le Président, les mesures requises n'étant autorisées que sous la condition d'être confirmées par le Tribunal dans le débat définitif, aux risques et périls du requérant.

CHAPITRE QUATRIÈME

COMMISSIONS.

I. — Le Président du Tribunal intervient sur requête lui demandant la désignation d'un officier ministériel pour procéder à un acte déterminé. Y a-t-il un recours contre son ordonnance, soit qu'elle accorde la désignation, soit qu'elle la refuse ?

Première opinion. — M. Bertin repousse toute voie de recours directe contre l'ordonnance même, partant du principe que c'est un acte de juridiction gracieuse ; mais il admet le recours dirigé contre la désignation elle-même, soit par voie d'action principale, soit par voie de référé en cas d'urgence. Nous ne reviendrons pas sur une discussion déjà exposée dans les généralités où nous avons présenté et discuté le système dont M. Bertin fait ici une application particulière (Bertin, *loc. cit.*, tit. XXVI, § 5.)

Deuxième opinion. — M. de Belleyme fait une distinction : il admet l'appel du requérant à qui le Président a refusé la désignation demandée ; mais il repousse tout recours contre l'ordonnance de désignation, et écarte même l'action principale devant le Tribunal. Voici en quels termes il s'exprime : « L'ordonnance du Président *épuise le premier degré de juridiction* parce que le Président, dans cette attribution spéciale, *résume tous les pouvoirs du Tribunal* ; elle ne peut être attaquée par opposition ; *on ne peut*

introduire une demande principale devant le Tribunal. »

Où M. de Belleyme a-t-il trouvé ce principe que le Président, en ce cas spécial, épuise la juridiction du premier degré lorsqu'il accorde la désignation, et non lorsqu'il la refuse ? Pourquoi n'ouvrir un recours qu'au seul cas de refus ? M. Bertin a vivement critiqué cette distinction, comme arbitraire, sans base, artificielle, et conclut que « les deux décisions, accordant ou refusant la désignation, sont identiques dans leur nature et dans les résultats qu'elles peuvent produire au point de vue de leurs conséquences légales. »

Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer ici purement et simplement les principes généraux exposés ci-dessus : au cas de refus, appel ouvert au requérant ; au cas de désignation, tierce opposition ouverte aux intéressés en dehors de qui la mesure a été prise, sauf bien entendu à se conformer à la loi dans les cas qu'elle a prévus et réglés spécialement.

II. — *Remplacement de l'avoué déchu dans une procédure d'ordre.*

Art. 776 C. proc. civ. — « En cas d'inobservation des formalités... l'avoué poursuivant est déchu de la poursuite sans sommation ni jugement. Le juge pourvoit à son remplacement (d'office ou) sur la requête d'une partie, par ordonnance inscrite sur le procès-verbal ; *cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours. Il en est de même* à l'égard de l'avoué commis qui n'a pas rempli les obligations à lui imposées par les articles 758 et 761. »

L'avoué remplacé peut-il user d'une voie de recours contre l'ordonnance qui prononce sa déchéance et son remplacement. Si le juge a prononcé cette déchéance dans l'un des

cas prévus par l'art. 776, aucun doute ; il n'y a pas de recours possible, la loi est formelle. Mais si le remplacement a eu lieu dans un cas non prévu par l'art. 776, tout recours est-il interdit ? Les deux répertoires de jurisprudence, Dalloz et Sirey, répondent : pas de recours ; la loi est générale et s'applique même en ce cas. Chauveau est d'un avis contraire (*Question* 2618 8^e) ainsi que M. Garsonnet (t. IV, § 852, *note* 22) : la mesure de déchéance, disent-ils, est trop grave pour qu'on refuse à l'avoué un recours en dehors des cas spécialement et limitativement fixés par la loi ; d'ailleurs il y a alors de la part du juge un véritable excès de pouvoir autorisant un recours. Seulement, comme il faut bien vérifier s'il y a ou non excès de pouvoir, si l'on rentre ou non dans les termes de l'art. 776, cela revient à admettre toujours l'opposition en la forme, ce qui peut paraître un peu bien en contradiction avec le texte de l'article 776.

M. Bonjean n'admet ni opposition ni appel : les termes de la loi lui paraissent trop précis pour permettre un tel recours ; la décision, à son sens, est *définitive et en dernier ressort*. Mais il admet le pourvoi en cassation.

Faut-il accorder un recours au requérant à qui le Président a refusé le remplacement de l'avoué ? Il nous semble que l'appel est possible, car les termes de l'art. 776 ne s'appliquent qu'à une ordonnance *qui pourvoit au remplacement* ; l'interdiction de tout recours ne s'applique donc pas au cas de refus de remplacer, qui reste soumis aux principes généraux.

CHAPITRE CINQUIÈME

COMMUNICATION DE PIÈCES

Art. 191 C. proc. civ. « Si après l'expiration du délai l'avoué n'a pas rétabli les pièces, il sera *sur simple requête* et même sur simple mémoire de la partie, *rendu ordonnance* portant qu'il sera contraint incontinent à ladite remise... »

Art. 192, même Code. « *En cas d'opposition*, l'incident sera réglé sommairement ; si l'avoué succombe, il sera condamné personnellement *aux dépens de l'incident*, même *en tels autres dommages-intérêts et peines* qu'il appartiendra... »

Contre l'ordonnance de l'art. 191, l'art. 192 prévoit *l'opposition*. Devant qui ? D'après les idées que nous avons exposées dans les *Généralités*, ce devrait être devant le Président en référé ; mais il faut remarquer, avec M. Bonjean, que le juge de l'opposition a, *par exception*, en notre cas, le *pouvoir de juger le fond*, de condamner à *des dommages-intérêts*, à *des peines*. C'est là une situation spéciale qui autorise une exception au principe de l'incompétence du tribunal pour statuer sur les ordonnances du Président ; celui-ci, en effet, ne saurait, sans une autorisation précise de la loi, statuer sur le fond par une ordonnance d'un caractère essentiellement provisoire.

CHAPITRE SIXIÈME

DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION

La question des voies de recours se pose en ce qui concerne l'ordonnance prévue par l'art. 661, C. proc. civ. : « néanmoins le propriétaire pourra appeler la partie saisie et l'avoué le plus ancien devant le juge-commissaire pour faire statuer préliminairement sur son privilège à raison des loyers à lui dus ».

Ce n'est guère là une ordonnance sur requête, mais bien plutôt une ordonnance de référé, puisqu'elle est rendue après débat contradictoire. D'ailleurs, l'on reconnaît généralement qu'il y a là une véritable décision judiciaire, statuant non au provisoire, mais d'une façon définitive et dès lors soumise aux dispositions spéciales du Code de procédure, notamment aux deux degrés de juridiction ; donc, susceptible d'appel, comme le serait le jugement du Tribunal appelé à vider la question, si le juge-commissaire avait renvoyé devant lui, conformément à l'art. 666, C. proc. civ. (En ce sens, Cassation, 21 février 1854 ; Rouen, 20 avril 1880, S. 81, 2, 245.)

Quant à l'ordonnance de l'art. 663 C. proc. civ., elle n'est pas susceptible de contradiction, puisqu'elle n'est rendue qu'autant qu'il n'y a aucune contestation. Celle de l'art. 666, renvoyant les parties devant les juges compétents ne donne pas lieu non plus à recours.

CHAPITRE SEPTIÈME

DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS.

Le Président du Tribunal civil est appelé, au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, à rendre de nombreuses ordonnances (Code civil : art. 234-238 ; C. proc. civ. : art. 875-878). Mais nous n'avons pas à nous occuper d'elles toutes. Il faut, en effet, exclure tout d'abord les ordonnances de référé ; puis celles constatant l'accord des parties sur certaines mesures provisoires ou auxquelles il y a eu acquiescement ; il y a alors contrat judiciaire définitif. (En ce sens, Bonjean, *loc. cit.*, n° 794, p. 424.) Il faut écarter aussi les ordonnances sur requête rendues sur des mesures provisoires, mais en dehors des art. 235-238 C. civ. et 875-878 C. proc. civ., qui sont soumises aux règles ordinaires et auxquelles il faut appliquer les principes généraux exposés plus haut.

Cela fait, il reste à examiner deux ordonnances : l'une, rendue la première, unilatérale, permettant au demandeur de citer en conciliation et pouvant prescrire certaines mesures provisoires ; l'autre, rendue postérieurement, après essai de conciliation, bilatérale, autorisant l'assignation devant le Tribunal et pouvant statuer à nouveau sur les mesures provisoires. La première de ces décisions est bien une ordonnance sur requête ; elle est rendue sur les explications du seul demandeur, sans que le défendeur doive être appelé ; nous aurons donc à nous en occuper. Quant à la deuxième décision, nous pensons qu'elle ne constitue pas

véritablement une ordonnance sur requête et nous la laisserons de côté. Bien que la chose paraisse peu discutable, elle a été vivement controversée et le point demande à être démontré. M. Chauveau, entr'autres, s'est déclaré hostile à toute voie de recours contre les ordonnances rendues par le Président en matière de séparation de corps et semble ne voir en elles toutes que des actes de juridiction gracieuse. (*Supplément aux lois de la procédure*, n° 2974 bis.) En vain cherche-t-il à faire une distinction entre le cas où l'époux défendeur a comparu et celui où il ne s'est pas présenté ; la situation ne change pas ; dans un cas comme dans l'autre, la décision rendue sur citation ne peut être qu'une ordonnance de référé (ce qui permet aux auteurs partisans de la juridiction gracieuse d'admettre l'appel contre une telle décision). M. Bertin a combattu la théorie de M. Chauveau d'une façon très serrée (*loc. cit.*, tit. XI, § 14) et la jurisprudence, en un temps où la théorie de l'ordonnance sur requête irréfutable dominait, a confirmé ce caractère de référé en admettant constamment l'appel contre cette seconde ordonnance. (En ce sens, Rodière, *Note sous Cassation*, 15 février 1859, S. 59, 1, 201 ; de Belleyne, *loc. cit.*, t. I, p. 319.) Et :

Cassation, 15 février 1859 (préc.).

Pau, 18 janvier 1830. S. 30, 2, 183.

Limoges, 21 mai 1845. S. 48, 2, 655.

Douai, 3 avril 1852. S. 52, 2, 520.

Orléans, 10 juin 1853. D. 53, 2, 451.

Paris, 19 novembre 1856. S. 56, 2, 257.

Caen, 1^{er} avril 1857. S. 57, 2, 270.

Paris, 17 juin 1858. S. 59, 2, 45.

Dijon, 28 décembre 1859. S. 60, 2, 270.

Colmar, 23 mai 1860. S. 60, 2, 488.

Paris, 1^{er} février 1864. S. 65, 2, 96.

Aix, 13 janvier 1873. S. 73, 2, 11.

Paris, 19 mai 1874. D. 76, 2, 27.

Paris, 4 août 1877. D. 78, 2, 220.

Poitiers, 29 juillet 1878. D. 79, 2, 75.

Voir cependant en sens contraire :

Paris, 2 août 1841. S. 43, 2, 473.

Rouen, 3 mai 1847. S. 48, 2, 654.

Rennes, 14 mai 1851. S. 51, 2, 352.

Dijon, 22 août 1856. S. 56, 2, 229.

Paris, 21 janvier 1857. S. 57, 2, 257.

Paris, 24 novembre 1884. Gaz. Pal. 84, 2, 766.

Paris, 25 février 1885. *Ibid.* 85, 2, 740.

Lyon, 10 juillet 1885. *Ibid.*

Lyon, 12 août 1885. *Ibid.*

La loi du 18 avril 1886 n'a fait que confirmer l'opinion que nous soutenons, en admettant formellement l'appel contre cette seconde ordonnance (nouvel article 238 C. civ.).

N'ayant pas affaire à une ordonnance sur requête, mais bien plutôt à une ordonnance de référé, nous ne recherchons pas quelles sont les voies de recours ouvertes contre elle. Nous n'aurons à examiner la question que pour la première ordonnance, unilatérale, permettant de citer en conciliation, et pouvant autoriser certaines mesures provisoires : (résidence séparée de l'époux demandeur, art. 236, C. civ. ; garde provisoire des enfants, remise des effets personnels, arg. art. 238. C. civ., tiré du mot à *nouveau* »).

En principe, et en tant qu'elle autorise seulement la citation en conciliation, l'ordonnance est rendue sans appel. Sur ce point, les auteurs sont unanimes : les uns, comme Rodière, Bertin, parce qu'ils appliquent leur théorie de l'or-

donnance gracieuse, irréfragable, les autres, comme MM. Crépon et Bonjean, partisans résolus cependant des voies de recours, parce que ce n'est pas le caractère du *juge* qui apparaît, mais celui de *conciliateur* (Fuzier-Hermann, répert. Crépon. Appel civil), de *pacificateur* (Bonjean, *loc. cit.*). Ce serait, dit-on, répondre bien mal à la pensée de la loi que de laisser ouvrir immédiatement un débat concernant une mesure qui, elle-même, n'a d'autre but que d'écarter toute lutte judiciaire. D'ailleurs peut-on dire que la mesure soit susceptible de contradiction ? Et l'époux défendeur peut-il raisonnablement soutenir qu'il a le droit de s'opposer à ce que le Président cherche à rétablir la paix au foyer conjugal ? Comment se trouverait-il, lui défendeur, en principe et naturellement hostile à la demande de divorce, lésé par une mesure qui n'a pour but que d'arriver à faire écarter cette demande, à l'arrêter grâce à l'intervention du Président, et qui, par conséquent, seconde ses propres intérêts ? Nous croyons donc que cette première décision, en tant qu'elle autorise la citation en conciliation, n'est susceptible d'aucune voie de recours. (En ce sens : Cassation, 19 février 1861. D. 61, 1, 431 ; Paris, 22 février 1861. S. 62, 2, 128 ; Poitiers, 29 juillet 1878. D. 79, 2, 75 ; Paris, 1^{er} mai 1894. *Gaz. des Trib.*, 27 septembre 1894, et les auteurs suivants : Bonjean, *loc. cit.*, n° 798, p. 426 ; Crépon, *loc. cit.*, n° 1213 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, n° 317 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile ; supplément, question 2967 ter* ; Depeiges, *De la procédure du divorce*, n° 43 ; Carpentier, t. II, nos 51, 56 ; Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, 1885, t. I, n° 434 ; Curet, *Code du divorce et de la séparation*, n° 180).

Mais l'ordonnance nous semble pouvoir être attaquée en deux cas, conformément à la distinction faite par M. Bon-

jean et par les auteurs de son bord : 1^o au cas de *refus* par le Président de délivrer l'ordonnance, motivé par des raisons tirées du fond, telles que l'insuffisance des griefs articulés par le demandeur; il y a alors excès de pouvoir, et nous pensons, selon la théorie générale exposée plus haut, que l'appel est ouvert au requérant évincé (En ce sens : de Belleyrne, *loc. cit.* t. I, p. 317, 318; Carpentier. *La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence*; p. 99-100; Crépon, *loc. cit.* n^o 1214; Bonjean, *loc. cit.* n^o 800, p. 426 (1), Paris, 26 mai 1869 S. 69, 2, 206);

2^o au cas où l'ordonnance statue sur des mesures provisoires, elle est sujette à recours en ce qui touche seulement ces mesures provisoires. Il n'est plus possible ici de dire que la demande n'est pas susceptible de contradiction, que le caractère de pacificateur apparaît seul. Dès lors, nous avons affaire à une ordonnance sur requête ordinaire à laquelle nous appliquerons les principes généraux déjà exposés. (En ce sens : Bonjean, *loc. cit.* p. 426, n^o 801; Fuzier-Hermann, *Répert. de jurispr.*, n^o 1825; Besançon, 21 novembre 1894; S. 96, 2, 46; *contra* : Huc. *loc. cit.* t. II, n^o 317.)

Enfin certains auteurs ont soutenu que, au cas où le Président outrepassé ses pouvoirs, c'est par voie d'ordonnance nouvelle rendue en référé, et non par voie d'appel que la partie lésée doit faire valoir ses droits. (En ce sens : Carpentier, *loc. cit.* t. II, n^o 56. Bertin, Bloch et Beuillac. *Chambre du Conseil*, t. II, n^o 940). M. Bonjean s'élève contre cette façon de voir : « Il est impossible, dit-il, d'admettre que le Président soit appelé à statuer lui-même sur l'excès de pouvoir qu'on lui reproche ». Bonjean *loc. cit.* n^o 803, note 2, p. 427. M. Bertin fait ici l'application pure et

(1) M. Bonjean n'admet pas l'appel, selon sa théorie générale, mais le pourvoi en cassation.

simple de ses principes généraux : pas de recours contre l'ordonnance même, mais recours contre la mesure autorisée, soit par action principale, soit par référé au cas d'urgence. M. Bonjean, au contraire de M. Bertin, semble ici abandonner les principes si énergiquement défendus par lui dans ses *Généralités*, où il repousse l'appel, même au cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir. Et, quant à l'objection que le Président ne doit pas statuer sur son propre excès de pouvoir, M. Bonjean a pris soin de réfuter lui-même cet argument dans son *Traité*, aux numéros 136 et 137. Nous pensons donc que, même au cas d'excès de pouvoir, ce n'est point par l'appel qu'il faut attaquer la décision.

CHAPITRE HUITIÈME

ENVOI EN POSSESSION

C'est surtout en ce qui concerne l'envoi en possession de l'art. 1008 C. civ. que les divergences d'opinions se sont accentuées, que les systèmes les plus divers ont été échafaudés. Les auteurs sont unanimes à reconnaître la confusion extrême qui règne en cette matière : « Sur ce point si pratique, là où il faudrait une solution uniforme, les systèmes ont été accumulés. Ce ne sont pas seulement querelles entre les docteurs, la jurisprudence elle-même est mêlée à cette controverse et, tour à tour, elle consacre les décisions les plus contradictoires. C'est assurément un grave inconvénient qui jette les praticiens dans les plus sérieux embarras. La controverse est bien ancienne, et cependant elle paraît encore aussi animée qu'au premier jour. » (Bazot., *loc. cit.*, p. 72. En ce sens : Bertin, Bonjean, Crépon, ouvrages précités.)

Premier système. — Pas de recours possible.

L'ordonnance sur requête est un *acte d'administration, de juridiction gracieuse*, qui ne peut être l'objet d'une voie de recours. L'on peut citer à l'appui de cette opinion tous les noms que nous avons énumérés lors de l'exposé de cette théorie dans les *Généralités*, et retrouvés à chaque pas :

Merlin ⁽¹⁾, Massé et Verger ⁽²⁾, Toullier ⁽³⁾, Troplong ⁽⁴⁾, Demolombe ⁽⁵⁾, Bertin ⁽⁶⁾, Vazeille, Poujol, *Des Donations*; Chauveau, Demante, *Cours analytique*, t. IV, n° 151 bis; Boileux, *Commentaire du Code civil*, t. IV; Saintespès Lescol, *des Donations entre vifs et des Testaments*, t. IV, n° 1360; Glasson et Cohendy, *Note sous Dalloz*, 20 décembre 1892, D. 94, 2, 9; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III.

La jurisprudence, à maintes reprises, a adopté ce système. Bruxelles, 3 janvier 1823, S. à sa date.

Toulouse, 1^{er} août 1842, S. 42, 2, 71.

(1) « Quelle est la nature des fonctions attribuées au Président du Tribunal par les art. 1007 et 1008? Est-ce à la juridiction volontaire ou à la juridiction contentieuse qu'elles appartiennent? J'ai établi à l'article *Juridiction volontaire* que... l'ordonnance d'envoi en possession des biens du testateur est un acte de juridiction volontaire. » (Merlin, Répertoire, v^o testament, sect. 2, § 4, art. 5, n° 4.)

(2) « L'ordonnance d'envoi en possession rendue sans qu'il ait été nécessaire d'appeler les parties intéressées ne peut être considérée comme une décision par défaut, elle n'a pas le caractère d'un jugement, c'est un simple acte d'administration. (Massé et Verger sur Zachariae, t. III, p. 282, n° 4.)

(3) « Cet envoi en possession n'est pas un jugement de délivrance; les parents qui succèdent à défaut de testament n'y sont pas appelés. c'est une simple ordonnance de forme, non pas du tribunal, mais du Président, chargé par la loi d'imprimer au testament le caractère de publicité qui lui manquait, l'exécution parée qu'il n'avait pas. » (Toullier, *Droit civil français*, t. V, n° 497.)

(4) « A la différence de l'action en délivrance, la requête de mise en possession appartient par sa nature à la juridiction volontaire et l'on ne saurait confondre l'ordonnance qui répond à une requête avec un jugement de délivrance rendu dans la forme contradictoire. » (Troplong, *Donations et testaments*, t. IV, n° 1825).

(5) « Cette ordonnance ne constitue qu'une sorte de *visa* ou *pareatis... ex legitima cognitione*, puisqu'elle est faite sans contradicteur. » (Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXI n^{os} 504 et 510.)

(6) « La nature de l'autorisation ainsi précisée, il en résulte que les voies de recours ouvertes par la loi contre les actes de la juridiction contentieuse ne sauraient exister à l'encontre de l'autorisation d'envoi en possession qui, bien évidemment, ne peut être classée au nombre de ces actes. » (Bertin, *loc. cit.*, titre XIII, § 8.)

Toulouse, 23 août 1842, P. 43, 1, 749.

Paris, 18 mai 1850, D. 54, 5, 466.

Paris, 25 mars 1854, S. 54, 2, 173.

Douai, 21 juillet 1854, S. 56, 2, 116,

Bordeaux, 6 mai 1863, S. 63, 2, 155,

Angers, 23 août 1867, S. 69, 2, 108.

Angers, 26 novembre 1868, D. 69, 2, 14.

Pau, 30 mai 1870, S. 71, 2, 26.

Poitiers, 12 août 1874, S. 74, 2, 254.

Paris, 27 juin 1878, S. 78, 2, 215.

Riom, 6 décembre 1878, D. 80, 2, 3.

Paris, 26 mars 1884, S. 86, 2, 28.

Dijon, 25 mars 1892, D. 92, 2, 244.

Dijon, 1^{er} juin 1894, D. 95, 2, 360.

Paris, 15 janvier 1894 (cassé 3 avril 1895).

Paris, 20 mars 1899, *France judiciaire*, 99, 2, 348.

Paris, 29 mars 1899, *Pand. chron.*, 1900, 2, 7; *Gaz. Pal.*,
99, 2, 373.

Les décisions de Paris, 15 janvier 1894, et Dijon, 14 novembre 1890, D. 92, 2, 49, et la note de M. Glasson sous ce dernier arrêt, posent de la façon la plus nette le principe servant de base à ce système; nous ne pouvons que les citer en renvoyant pour le détail aux recueils de jurisprudence.

Nous avons, dans nos *Généralités*, combattu la théorie de l'ordonnance gracieuse irréfragable; nous ne reproduirons pas ici notre argumentation. Nous nous contenterons de citer quelques lignes de M. Cohendy qui, tout en se déclarant l'adversaire de toute voie de recours, n'en constate pas moins les graves et multiples inconvénients de cette souveraineté: « Si ce système paraît conforme à la loi, il ne faut pas se dissimuler qu'il présente en revanche de très

graves inconvénients pratiques auxquels il n'a été apporté jusqu'à présent que des palliatifs insuffisants, et qui n'ont peut-être pas été sans influence sur les nombreux arrêts qui ont été prononcés dans un sens opposé. Avec ce système, en effet, l'intérêt de l'une des parties, le plus souvent l'intérêt des héritiers sera nécessairement sacrifié. En fait, le légataire obtiendra presque toujours du magistrat auquel il s'adresse l'ordonnance d'envoi en possession qu'il requiert; il comparait seul devant ce magistrat sans que les héritiers légitimes aient été appelés et entendus, de telle sorte que ce magistrat ne refusera guère de répondre favorablement à la demande qui lui est présentée. Dès lors, que devient l'intérêt des héritiers? Sans doute ces héritiers pourront agir en nullité du testament qui les a exhérédés. Mais d'une part, l'ordonnance d'envoi en possession étant maintenue, aura pour effet d'établir un préjugé contre eux et en faveur de leur adversaire; d'autre part, on sait que les instances exigent pour être terminées des délais parfois fort longs; et pendant ces délais, comment parviendraient-ils à se prémunir contre les dilapidations possibles ou seulement contre la mauvaise administration du légataire qui est désormais seul en possession des biens de la succession? » (*Note sous Dalloz*, Nancy, 20 décembre 1892, D. 94, 2, 9.)

Ces lignes démontrent péremptoirement la nécessité pratique d'admettre des voies de recours contre l'ordonnance d'envoi en possession. Au surplus, nous renvoyons sur ce point au chap. I du titre II de cette étude.

Deuxième système. — Appel.

La décision du Président peut et doit être attaquée par la voie de l'appel; le juge exerce un pouvoir de juridiction

contentieuse qui lui est conféré par la loi et l'héritier doit user de la voie de recours de droit commun, de l'appel, et porter sa réclamation devant les juges supérieurs. M. Bonjean rapporte intégralement un arrêt de la Cour de Nancy, en date du 20 décembre 1892, D. 94, 2, 9); cet arrêt admet sans aucune discussion la voie de l'appel et repousse l'opposition, tout en reconnaissant que, si celle ci était recevable, elle devrait être portée devant le Président lui-même, siégeant en la même qualité, et non comme juge des référés.

JURISPRUDENCE EN CE SENS :

- Cassation, 24 avril 1844, S. 45, 1, 66.
- Orléans, 22 avril 1847, D. 47, 4, 314.
- Riom, 6 août 1850, S. 50, 2, 454.
- Bastia, 22 mars 1854, S. 54, 2, 173 et D. 53, 2, 13.
- Bourges, 30 juin 1854, S. 55, 2, 16.
- Caen, 14 mai 1856, S. 57, 2, 119.
- Paris, 10 janvier 1857, S. 57, 2, 119.
- Grenoble, 26 septembre 1857.
- Paris, 2 juin 1865, S. 65, 2, 116.
- Besançon, 23 août 1867, D. 69, 2, 163.
- 26 février 1868, S. 68, 2, 252.
- 5 mai 1869, S. 70, 2, 50 et D. 70, 2, 113.
- Nancy, 18 juin 1869, S. 70, 2, 316.
- Dijon, 25 mars 1870, S. 70, 2, 175.
- Nancy, 3 avril 1870, D. 70, 2, 113.
- Montpellier, 3 décembre 1870, S. 70, 2, 316.
- Caen, 7 mars 1873, D. 76, 2, 137.
- Poitiers, 17 mars 1880, S. 82, 2, 186.
- Limoges, 3 janvier 1881, S. 81, 2, 104.
- Dijon, 11 janvier 1883, S. 83, 2, 70.

Nancy, 19 mai 1883, S. 83, 2, 70.

Nancy, 20 décembre 1892, S. 94, 2, 9.

Et Dijon, 10 décembre 1900, D. 1901, 2, 112.

Nous avons expliqué aux *Généralités*, tit. II, sect. III, les raisons qui nous font rejeter l'appel : les héritiers n'ayant pas été *parties* au débat devant le Président, lors de la demande et de la prononciation de la décision, n'ont pas qualité pour faire appel. Nous croyons, au contraire, qu'au cas de refus par le Président de l'envoi en possession, le requérant peut et doit user de l'appel, porté devant la Cour.

Troisième système. — Appel limité

L'appel n'est recevable que si l'ordonnance a été rendue après débat contradictoire ou en référé. La proposition nous paraît incontestable ; l'appel est alors ouvert aux deux parties, légataire et héritiers. Mais nous n'avons plus affaire ici à une ordonnance sur requête, dont le caractère essentiel est d'être rendu sans débat contradictoire, en dehors de l'adversaire (En ce sens : Paris, 18 mai 1850, D. 54, 3, 466 ; Bordeaux, 4 avril 1855, 56, 2, 108 ; Paris, 2 mars 1868 ; Rousseau et Laisney, *loc. cit.*, n° 57 ; Pau, 30 mai 1870, S. 71, 2, 26).

Quatrième système. — Appel et opposition

L'ordonnance est susceptible, selon les cas, d'appel ou d'opposition. M. Crépon s'est fait le défenseur de cette théorie : « *L'appel* nous paraît devoir être accordé au cas où l'ordonnance *refuse l'envoi en possession*. On ne comprendrait pas que le juge de première instance pût, sans recours possible au juge supérieur, paralyser l'effet des dispositions auxquelles, dans son respect pour la dernière

volonté de l'homme, le législateur attribue l'autorité de la loi. Quant à l'*opposition*, on décide avec raison qu'elle doit s'appliquer à l'hypothèse où, la requête du légataire étant favorablement répondue par l'ordonnance, c'est l'héritier non entendu qui attaque l'ordonnance. »

En ce sens : *pour l'appel, au cas de refus* :

Nîmes, 3 juin 1844 (sous Cass. 26 avril 1844), S. 45, 1, 66.
Riom, 6 mai 1850. S. 50, 2, 454.
Bourges, 30 juin 1854, S. 55, 2, 16.
Bordeaux, 4 avril 1855, S. 56, 2, 117.
Caen, 14 mai 1856, S. 57, 2, 119.
Paris, 10 janvier 1857, S. 57, 2, 119.
Grenoble, 26 septembre 1857, D. 58, 2, 160.
Besançon, 5 mai 1869, S. 70, 2, 50.
Nancy, 18 juin 1869, S. 70, 2, 316.
Montpellier, 3 décembre 1870, S. 70, 2, 316.
Nancy, 3 février 1870, S. 70, 2, 316.
Caen, 7 mars 1873. D. 73, 2, 137.
Poitiers, 17 mars 1880, S. 82, 2, 186.
Dijon, 11 janvier 1883, S. 83, 2, 70.
Et Nancy, 19 mai 1883, S. 84, 2, 124.

En ce sens : Talandier, n° 42. *Contra* : Bonjean, *loc. cit.*

Pour l'opposition :

Cassation, 24 avril 1844, S. 45, 1, 66.
Toulouse, 10 juillet 1827.
Bordeaux, 29 novembre 1834, S. 35, 2, 138.
Nancy, 26 juin 1839, P. 39, 2, 511.
Nîmes, 3 juin 1844 (sous Cass. préc.).
Rennes, 20 janvier 1849, S. 49, 2, 576.
Agen, 11 décembre 1850, S. 51, 2, 54.

- Bastia, 22 mars 1854, S. 54, 2, 173.
Paris, 25 mars 1854, S. 54, 2, 173.
Cassation, 23 juillet 1854, D. 53, 1, 178.
Bourges, 18 décembre 1855, S. 57, 1, 113, note.
Cassation, 6 novembre 1856, S. 57, 1, 113.
Gand, 28 mars 1856, S. 57, 2, 119.
Cassat. req., 27 mai 1856, D. 56, 1, 249.
Rouen, 21 décembre 1861, D. 75, p. 140, note.
Pau, 18 novembre 1864, D. 65, 2, 86.
Cassation, 23 juin 1867, D. 67, 1, 217.
Besançon, 26 février 1868, S. 68, 2, 252.
Angers, 12 novembre 1868, S. 69, 2, 14.
Besançon, 5 mai 1869, S. 70, 2, 50.
Agen, 7 juillet 1869, S. 69, 2, 231.
Bourges, 13 mars 1872, D. 72, 2, 208.
Cassation, 5 août 1872, D. 72, 1, 376.
Cassat. requêt., 10 janvier 1877, D. 77, 1, 59.
Dijon, 24 janvier 1896, D. 97, 2, 307.
Bourges, 4 janvier 1897. *Gaz. Trib.*, 10 mars 1897.
Beauvais, 17 novembre 1900, *ibid.*, 31 janvier 1901.
Pont-Audemer, ordonnance du 13 mars 1901, D. 1901, 2, 255.
Et : Cassation Req., 14 mai 1901, *Gaz. Pal.* 1901, 187 ; *Le Droit*, 27 juin 1901.

Nous avons expliqué dans nos *Généralités* les raisons qui nous font, tout en admettant l'appel du requérant au cas de refus, rejeter l'opposition proprement dite contre l'ordonnance d'envoi en possession ; nous croyons qu'il n'y a pas ici « défaut » ni « défaillant » et que l'on ne saurait adopter l'opposition proprement dite, qui suppose un jugement rendu contre une partie appelée à se défendre.

Cinquième système. — Opposition et pourvoi en cassation.

Au cas d'envoi en possession accordé, il faut recourir à l'opposition devant le Président, en référé; au cas de refus, l'appel est irrecevable et il n'y a d'autre ressource que le pourvoi en cassation. C'est la théorie soutenue par M. Bonjean; nous l'avons exposée dans les *Généralités*; nous n'y reviendrons pas; nous croyons l'appel du requérant évincé absolument recevable.

Sixième système. — Appel et tierce opposition.

Au cas de refus de l'envoi en possession, le requérant doit recourir à l'appel. Au cas d'envoi autorisé, l'héritier doit se pourvoir par tierce opposition; en effet, il n'a pas été appelé, l'ordonnance a été rendue en dehors de lui, sans contradiction possible effectivement, sans débats, sans défense. Il n'a pas été partie à la décision, donc il ne peut faire appel; il n'a pas été cité à se défendre, donc il n'est pas défaillant. Il est tiers vis-à-vis de la décision rendue, il doit user de la tierce opposition.

Nous avons développé cette thèse dans nos *Généralités*; nous croyons que la rigueur des principes ne permet pas d'autre solution. M. Bonjean estime qu'au fond ce système ne fait qu'un avec celui qui admet l'opposition proprement dite; nous ne le pensons pas. Et bien qu'entre ces deux voies de recours, il y ait bien des similitudes, il y a pourtant une différence sensible entre elles non seulement au point de vue théorique, mais aussi pratiquement.

La Cour de Bourges a adopté ce système dans un arrêt en date du 18 juin 1855 (D. 56, 2, 204). Et depuis lors, cette opinion qui semblait être restée à peu près isolée, a reçu la consécration de la Cour de cassation. Celle-ci, en

effet, a décidé par un arrêt magistral, en date du 3 avril 1895, que « le recours doit être exercé selon les règles du droit commun, c'est-à-dire *en vertu de l'art 475 C. proc. civ.*, par une opposition portée devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance, au cas où elle a été rendue en l'absence de l'héritier légitime. » Or, l'opposition visée par l'art. 475 C. proc. civ, est la tierce opposition qui fait l'objet du titre premier du livre IV C. proc. civ. Cet arrêt, cité à tort par quelques auteurs en faveur de l'opposition proprement dite a une importance considérable : le demandeur en cassation posait en effet la question de principe très nettement. L'arrêt fut rendu sous la présidence de M. Q. de Beaurepaire, sur les conclusions de M. l'avocat général Rau et sur le rapport de M. Crépon, conseiller. Cet arrêt de principe est destiné à faire jurisprudence et à fixer enfin une situation trop longtemps indécise. Déjà la Cour de Rouen a appliqué la théorie admise par cet arrêt, dans une décision en date du 7 janvier 1900. (*Répertoire général du notariat*, 1901, 492.)

CHAPITRE NEUVIÈME

GESTION D'UN OFFICE DE NOTAIRE VACANT.

Art. 61, loi 25 ventôse an XI : « Immédiatement après le décès du notaire ou autre possesseur de minutes, les minutes et répertoires seront mis sous scellés par le juge de paix de la résidence jusqu'à ce qu'un autre notaire en ait été provisoirement chargé par ordonnance du Président du Tribunal. »

I. — Il peut être pourvu à la gestion d'un office vacant par ordonnance du Président, sur les réquisitions du ministère public, et sans que les héritiers du notaire décédé interviennent. Cette ordonnance, qui d'ailleurs n'est pas à proprement parler rendue sur requête, est, d'après la majorité des auteurs, non susceptible de recours ; elle constitue en effet « une mesure d'administration », et il est conforme aux principes de n'ouvrir ni l'appel ni l'opposition aux héritiers qui n'ont été ni parties ni même simplement appelés lors de cette décision. (En ce sens : Crépon, *loc. cit.*, n° 1294 ; Rutgaërte et Amiaud, *Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI*, t. III, p. 1691, n° 1 ; Bourges, 8 mars 1871, S. 71, 2, 61 ; Bordeaux, 23 juin 1885, S. 85, 2, 186 ; Limoges, 15 juin 1886, S. 86, 2, 192.)

M. Bonjean propose d'ouvrir l'opposition aux héritiers. Du moment, dit-il, que les héritiers peuvent obtenir le remplacement du notaire ainsi désigné en introduisant une requête, pourquoi ne pas leur permettre l'opposition contre l'ordonnance *qui est bien par défaut à l'égard des intéressés ?*

Voilà justement ce que nous contestons : la décision n'est point par défaut contre des intéressés qui n'ont pas été appelés ; elle est rendue complètement en dehors d'eux, ce qui n'est pas la même chose. Nous leur accorderions plutôt la tierce opposition. Mais la jurisprudence a tourné la difficulté, dans ce cas, en ouvrant aux héritiers un recours spécial : l'introduction d'une requête pour demander le remplacement du notaire désigné.

II. — Il peut être pourvu à la gestion de l'office vacant par une ordonnance du Président rendue sur une requête des héritiers. Si la décision choisit un notaire autre que celui désigné par eux, un recours leur est-il ouvert ? Conformément aux principes que nous avons exposés, nous pensons que l'appel leur est possible, comme au cas général de refus d'une mesure quelconque sollicitée par requête.

Les auteurs, excepté bien entendu les partisans de l'ordonnance gracieuse et irréfragable, sont d'accord sur ce point. En effet, les héritiers ont le droit de présenter un successeur, de traiter avec lui pour la transmission de l'office ; ils ont par cela même un droit de choisir le gérant pour la durée de la vacance ; ils ont intérêt à « confier la gestion à un notaire investi de leur confiance, qui leur facilitera la transmission de l'office, la préparation des pièces et du dossier que cette transmission comporte et leur assurera en même temps les garanties d'une bonne et prompte liquidation ». Et ce droit des héritiers n'a pour limite que le droit du Président de refuser la déclaration requise « pour des raisons d'intérêt public tirées de questions de moralité, de capacité ou même de questions locales ». Intéressés à ce point, les héritiers ont donc le droit, sur un refus, de faire appel de la décision qui leur fait grief. (En ce sens : Bon-

jean, *loc. cit.*, chap. XXIX, p. 570 et s., n^{os} 1120 et s.; Crépon, *loc. cit.*, n^o 1293; Bordeaux, 23 juin 1885, précité; Bourges, 8 mars 1871, précité.)

Enfin la jurisprudence décide que les héritiers peuvent demander par requête le remplacement du notaire désigné sur les seules réquisitions du ministère public; que ce droit découle pour eux du droit incontestable qu'ils ont de faire désigner dès l'origine le gérant de l'étude. Et si le Président refuse le remplacement, son ordonnance sera susceptible d'appel de la part des requérants. (En ce sens: Bordeaux, 23 juin 1885, préc.).

CHAPITRE DIXIÈME

SAISIE-ARRÊT

Nous retrouvons toujours la même divergence fondamentale qui donne lieu à deux systèmes principaux.

Premier système. — L'ordonnance qui permet de saisir-arrêter, donnée simplement ou avec réserve d'en référer au cas de difficulté, est un acte de la juridiction gracieuse, non susceptible d'opposition ni d'appel. Et même, au cas où le Président aurait rétracté ou modifié son ordonnance pour en restreindre les effets, l'ordonnance modifiée est irréfragable et souveraine. (En ce sens : de Belleyne, *loc. cit.*, t. I, p. 142 ; Bertin, *Le Droit*, 30 novembre et 19 décembre 1872 ; 6 et 7 janvier 1873.)

JURISPRUDENCE POUR CE SYSTÈME

Cassation, 25 juillet 1834.

Bordeaux, 24 août 1829.

Paris, 3 décembre 1841. S. 42, 2, 171.

— 3 février 1842. (*Gaz. Trib.*, 18 mai 1842).

— 28 août 1843. S. 44, 2, 114.

— 16 décembre 1843. S. 44, 2, 114.

— 25 mars 1844. P. 44, 1, 673.

— 25 août 1845. P. 46, 1, 113.

— 6 décembre 1845. *ibid.*

— 11 février 1846. D. 47, 4, 14.

— 18 mars 1847. D. 47, 4, 14.

Rouen, 9 août 1851. S. 52, 2, 283.

Paris, 21 janvier 1852. S. 52, 2, 264.

Paris, 8 avril 1853. S. 53, 2, 181.

Montpellier, 7 avril 1854. S. 55, 2, 294.

Paris, 15 mars 1856. S. 56, 2, 204.

Paris, 24 juillet 1858.

Bastia, 12 février 1859. S. 59, 2, 253.

Lyon, 6 mai 1861. S. 61, 2, 487.

Paris, 22 décembre 1865.

— 3 mai 1867. S. 67, 2, 189.

— 4 mai 1867. *ibid.*

Paris, 22 février 1868.

— 19 janvier 1869.

— 7 août 1871. S. 72, 2, 195.

— 8 août 1871. S. 72, 2, 195.

— 31 juillet 1871. S. 72, 2, 24.

— 6 février 1872.

— 19 février 1872.

— 24 juin 1872.

Bordeaux, 16 juillet 1872. S. 72, 2, 291.

Paris, 1^{er} avril 1873.

— 19 avril 1873.

— 2 mai 1873.

— 10 février 1874.

— 24 février 1874.

— 1^{er} mai 1874.

— 3 février 1876.

— 25 juillet 1877.

— 20 juillet 1880. S. 80, 2, 132.

— 14 décembre 1882. S. 83, 2, 151.

— 15 décembre 1882. S. 83, 2, 151.

Et Alger, 7 novembre 1892. D. 93, 2, 529 et note.

Deuxième système. — Le Président peut rétracter ou modifier sa première décision qui n'est nullement irréfragable. Ce principe posé, les divergences s'accroissent et des sous-distinctions prennent naissance :

A. Les uns exigent que le Président insère dans son ordonnance la *réserve d'en référer* « à charge de nous en référer au cas de difficulté ». La légalité de cette réserve est très contestée par certains auteurs qui voient dans cette condition imposée au saisissant un excès de pouvoir, l'exercice d'une attribution de juridiction arbitraire de la part du Président. L'ordonnance est irréfragable ; il ne saurait appartenir au Président de créer une voie de recours que la loi n'autorise pas. Pour nous, qui admettons la possibilité d'un recours porté devant le Président par le saisi, nous pensons que ce magistrat n'excède pas ses pouvoirs en insérant la réserve d'en référer. Le principe du recours au magistrat lui-même étant admis, la réserve ne peut constituer qu'une clause surabondante, mais non illégale. Seulement, elle possède un inconvénient, c'est d'ouvrir le champ à des discussions interminables sur la nature de la seconde ordonnance rendue par le Président sur l'exercice de la réserve et modifiant ou rétractant la première décision.

En effet, pas moins de quatre opinions se sont fait jour sur ce point ; nous les avons exposées en traitant de la réserve d'en référer aux *Généralités* (section 2^e du chap. III du titre I). Nous n'y reviendrons pas. Citons seulement quelques arrêts :

a) L'ordonnance rendue sur la réserve est *susceptible d'appel* :

Paris, 7 février 1842.

Caen, 2 février 1841, S. 41, 2, 261.

Bordeaux, 19 mars 1855, S. 55, 2, 405.

Lyon, 29 juin 1857, S. 58, 2, 209.

Paris, 16 juin 1866, S. 67, 2, 189.

— 16 août 1866, *ibid.*

— 23 mars 1867, *ibid.*

— 28 janvier 1870.

— 11 mars 1870.

Alger, 19 novembre 1870, S. 72, 2, 19.

Montpellier, 29 décembre 1870, S. 72, 2, 195.

Alger, 29 avril 1872, *ibid.*

Paris, 8 avril 1873.

Paris, 30 juillet 1875.

Aix, 25 janvier 1877, D. 78, 2, 246.

Aix, 11 avril 1878, D. *ibid.*

Paris, 23 novembre 1878.

Rouen, 17 juillet 1879, D. 80, 2, 32.

Paris, 28 août 1879, S. 82, 2, 132.

Civ. Requête, 10 novembre 1885, D. 86, 1, 209.

Paris, 24 décembre 1885, S. 86, 2, 36.

Paris, 18 janvier 1886, *ibid.*

Bordeaux, 22 juillet 1886, D. 87, 2, 193.

Aix, 29 novembre 1886, D. 87, 2, 193.

Poitiers, 4 août 1887, D. 88, 2, 239.

Paris, 5 janvier 1889, D. 91, 2, 49.

Paris, 18 juillet 1889, D. 91, 2, 49.

b) L'ordonnance rendue sur la réserve est *souveraine*. (En ce sens : Paris, 15 décembre 1882, D. 83, 2, 97 ; Aix, 11 avril 1878, D. 78, 2, 246 ; Paris, 20 juillet 1880, D. 81, 2, 30.)

B. — En admettant qu'un recours devant le Président soit possible, soit sur réserve d'en référer, soit sans cette

réserve, jusqu'à quel moment ce recours peut-il s'exercer ? Quatre opinions principales ont été soutenues :

1^o. — L'exercice d'un recours ne peut être admis que jusqu'au jour où le tribunal est saisi par une demande en validité. A partir de ce moment, le Président ne peut plus, en modifiant ou en rétractant son ordonnance, dessaisir le tribunal auquel il appartient seul désormais de se prononcer sur la validité de la saisie-arrêt. C'est en ce sens que se prononce le *Répertoire* de Fuzier-Hermann, dans une étude qui s'inspire très visiblement des idées émises par M. Crépon dans son *Traité de l'appel civil*. « On voit par cela même qu'ici il y a lieu d'appliquer la restriction que nous avons précédemment formulée à la règle du recours par la voie de l'opposition ou de l'appel ; cette voie, avons-nous dit, devra être le plus ordinairement suivie, à moins que la loi n'ait organisé elle-même un mode de recours spécial. Or, en matière de saisie-arrêt, ce mode spécial de recours, c'est la demande en validité, qui doit nécessairement se produire dans la huitaine devant le tribunal du saisi. A ce tribunal il est donné spécialement attribution pour statuer sur le point de savoir si la saisie sera ou non maintenue, et il ne peut appartenir au juge unique, pour autoriser une mesure provisoire, de se substituer au tribunal tout entier, de dessaisir le tribunal, de se faire en réalité juge du fond et du principal aux lieu et place de ceux dans les attributions desquels ce jugement a été placé. » (Fuzier-Hermann, *Répertoire de jurisprudence*, v^o appel, n^o 1236).

Reste à savoir si la seule demande en validité suffit à saisir le Tribunal. Nous examinerons ce point un peu plus loin. Et même le fait que le Tribunal serait saisi, suffirait-il à priver le saisi de son recours ? (v. *infra*). En tout cas, il faut constater qu'en pratique, cette absence de voies de re-

cours permettant une solution rapide a de graves inconvénients, entre la mise au rôle d'une affaire et le jour où elle est plaidée, et surtout le jour où elle est jugée, il s'écoule souvent par suite du surchargement du rôle ou de circonstances accidentelles (remises, etc....) un long délai. Pendant ce temps, le saisi ne peut disposer des fonds saisis arrêtés ; s'il est commerçant, c'est peut être la faillite entraînée par la cessation des paiements faute de sommes disponibles. Et le mal deviendra irréparable avant que le Tribunal ait pu se prononcer. C'est là évidemment un état de choses fâcheux. La jurisprudence est pourtant presque unanime. En ce sens les arrêts suivants :

Montpellier, 7 avril 1854, S. 55, 2, 294.

Paris, 16 juin 1866, S. 67, 2, 189.

Paris, 28 janvier 1870, D. 71, 2, 164.

Alger, 29 avril 1872, S. 72, 2, 195.

Paris, 28 août 1879, préc.

Civ. Req. Cass., 10 novembre 1885, préc.

Paris, 24 décembre 1885, préc.

Paris, 18 janvier 1886, préc.

Bordeaux, 22 juillet 1886.

Aix, 29 novembre 1886, D. 87, 2, 193.

Cassation civ., 16 décembre 1889, D. 90, 1, 263.

Cassation civ., 5 mars 1890, D. 91, 1, 477.

Cassation civ., 1^{er} juillet 1890, D. 90, 1, 469.

Cassation civ., 24 février 1892, D. 93, 1, 12.

Paris, 14 mai 1890, D. 92, 2, 9.

Paris, 17 février 1892, D. 92, 2, 540.

Paris, 14 décembre 1892, D. 93, 2, 529.

Cassation civ., 5 mars 1895, D. 95, 1, 120.

Bruxelles, 9 juin 1898, D. 1900, 2, 245.

Amiens, 7 mars 1900. (Rec. Amiens 1901 50.)

Béziers, 17 janvier 1901, *Moniteur du Midi*, 10 février 1901.

2°. L'exercice d'un recours peut être admis même après la demande en validité, jusqu'au jour où il y a constitution d'avoué. Le fait de constituer avoué implique l'acceptation de la seule juridiction du Tribunal saisi, et la renonciation à l'exercice de tout autre recours. (En ce sens : Rouen, 17 juillet 1879, D. 80, 2, 32 ; Paris, 5 janvier 1889, D. 91, 2, 49.)

3°. L'exercice d'un recours est possible devant le Président tant que le saisi n'a pas *conclu* devant le Tribunal sur la demande en validité. En ce sens :

Paris, 13 mars 1856, S. 56, 2, 204.

Bastia, 12 février 1859, S. 59, 2, 253.

Lyon, 6 mai 1861, S. 61, 2, 487.

Paris, 23 mars 1867, S. 67, 2, 189.

— 31 juillet 1871, S. 72, 2, 24.

— 19 février 1872, D. 72, 2, 227.

4°. La demande en validité ne prive nullement le saisi de l'exercice de son droit de recours et le Président peut rétablir ou modifier son ordonnance sur ce recours tant qu'une *décision du Tribunal* n'est pas intervenue. C'est une opinion qui a été soutenue très énergiquement par M. Bertin ; cet auteur, conformément à ses principes généraux n'admet aucune voie de recours contre l'ordonnance elle-même ; mais il autorise le recours en référé devant le Président *contre la mesure même* autorisée, et ce jusqu'à l'intervention d'une décision du Tribunal.

Et d'abord, dit M. Bertin, est-il bien vrai que le Tribunal soit saisi par le seul fait qu'une demande en validité a été introduite ? La question s'est posée en ce qui concerne l'application de l'art. 401 C. proc. civ. ; si la partie saisissante se désiste après la demande en validité, est-il nécessaire que le désistement soit accepté par l'autre partie ? Si

le tribunal est saisi, oui; sinon, non. La jurisprudence a décidé que l'acceptation n'est pas nécessaire, tant que le débat n'est pas lié par des conclusions réciproques, qui seules ont pour résultat de saisir le Tribunal. Ce n'est donc qu'à partir de ce moment que le recours contre l'ordonnance, porté devant le Président, ne pourrait plus être exercé.

En outre, « si le Président n'a statué que postérieurement à la demande en validité, il est difficile de comprendre comment un acte auquel le saisi a été complètement étranger et qu'il n'a connu que par la signification de la demande en validité, peut avoir pour résultat de constituer un droit pour le saisissant et d'interdire au saisi la faculté de contester la légitimité de cet acte. La demande en validité ne peut avoir pour résultat de modifier la nature et les effets de l'acte qui lui sert de base; c'est-à-dire elle est formée à titre provisoire, conditionnel et se trouve soumise à toutes les éventualités qui peuvent se produire à l'encontre de la mesure autorisée. » (En ce sens : Alger, 7 novembre 1892, D. 93, 2, 529.)

Telles sont les quatre opinions qui se sont produites. Ecartons d'abord une confusion commise par M. Bertin : pour que le désistement ait besoin d'être accepté, il faut que le défendeur ait manifesté son intention d'accepter le débat au fond, que le débat soit lié entre les parties. Mais pour que le Tribunal soit saisi, il n'est besoin de rien de tel; l'ajournement suffit à saisir la juridiction. La plupart des auteurs disent même qu'alors « le contrat judiciaire est formé »; cette expression, il est vrai, nous paraît souverainement impropre; le seul fait du demandeur ne peut suffire à former un contrat, qui implique l'accord de deux volontés. Autant le terme était juste en droit romain, où les plaideurs prenaient l'engagement respectif de rester en

cause jusqu'au jugement et de le subir, autant il nous paraît inexact dans notre droit qui admet les jugements par défaut rendus bon gré mal gré, que le défendeur accepte la juridiction ou ne l'accepte pas. Mais ce qui reste vrai, c'est que le Tribunal est saisi, et si bien saisi qu'il peut juger sans que le défendeur ait accompli aucun acte, aucune manifestation de volonté. (En ce sens : Garsonnet. *Précis de Procédure civile*, p. 173, n° 247 et *Traité*.)

La question qui se pose en présence de cet état de choses est celle-ci : Le fait que le Tribunal est saisi suffit-il à empêcher l'exercice du droit de recours ? Ou faut-il de la part du saisi un acte qui implique la volonté de renoncer à la voie de recours, par exemple le fait d'accepter le débat devant le tribunal immédiatement en constituant avoué ? Nous croyons que le seul fait de saisir le tribunal au fond et au principal ne suffit pas à empêcher l'exercice des voies de recours dirigées contre l'ordonnance, du moins en tant que l'instance au principal a été introduite par le requérant. La question se pose d'ailleurs dans tous les cas où une instance au principal doit suivre l'ordonnance sur requête ; si le requérant, bénéficiaire de la décision, a introduit une instance pour faire confirmer définitivement la mesure autorisée, l'exercice du recours normal est-il interdit à l'autre partie dès que l'ajournement saisit le tribunal ? Arrêter l'exercice des voies de recours, ce serait laisser l'intéressé sans défense pendant tout le délai, fort long peut-être, qui s'écoulera entre l'ajournement et la décision du tribunal. C'est pourquoi nous pensons que, à moins que la partie ait manifesté sa volonté de renoncer à son recours en constituant avoué ou en prenant des conclusions au fond, le recours peut être exercé. Il est à noter que la question se présente particulièrement en matière d'assignation à bref délai,

dispensée du préliminaire de conciliation : l'ordonnance est portée à la connaissance du défendeur par l'assignation, il ne peut user de voies de recours qu'à partir de ce moment; et on lui en interdirait l'exercice précisément dès l'instant où il a la possibilité de protester? Une certaine jurisprudence décide, il est vrai, dans ces conditions, qu'il n'y a pas d'autre recours possible que celui d'une exception proposée au Tribunal; mais la majorité admet que le recours (appel ou opposition suivant les arrêts), peut s'exercer après que le Tribunal est saisi. De sorte qu'on peut s'étonner de voir une forte majorité de jurisprudence adopter la solution exactement contraire en matière de saisie-arrêt.

Nous admettons donc le recours devant le Président sous sa forme ordinaire (tierce opposition) jusqu'au moment de la constitution d'avoué par le saisi.

Au cas de refus de l'ordonnance par le Président, y-a-t il lieu à un recours? Nous croyons que le requérant peut faire appel, comme nous l'avons indiqué dans les *Généralités*. Pourtant, on décide généralement que le refus du magistrat est sans recours; en effet, dit-on, celui dont la requête a été rejetée n'encourt aucune foreclusion; il pourra donc toujours en présenter une autre s'il parvient à mieux justifier son droit. (Fuzier-Hermann, Répert. v^o *Appel*, n^o 1250).

Le principe de l'*autorité provisoire de la chose jugée*, tel que nous l'avons exposé plus haut, s'appliquant aux décisions *provisoires* nous paraît s'opposer à ce que le requérant évincé puisse reproduire sa demande. Toutes choses égales d'ailleurs, sa seconde requête devra être rejetée en vertu de ce principe. Et si l'on refuse au requérant toute voie de recours, n'est-ce pas faire du magistrat, juge au provisoire, un juge au fond et au principal? Ou bien, si l'on admet que le requérant puisse s'adresser directement au Tribunal et

porte l'affaire au principal pour se faire autoriser à saisir-arrêter, n'est-ce pas le soumettre, lui saisissant, à des lenteurs dangereuses et risquer de rendre inefficace la permission de saisir, le débiteur pendant le délai entre l'assignation et le jugement pouvant toucher ses fonds restés disponibles et les mettre à l'abri ? Nous ne voyons aucune raison particulière qui motive en ce cas une dérogation à la règle générale que nous avons adoptée plus haut, admettant l'appel, et que la jurisprudence a consacrée bien des fois. (V. pourtant en sens contraire : *Rapport sous Cassation*, 10 novembre 1885. S. 86, 1, 43.)

CHAPITRE ONZIÈME

SAISIE-GAGERIE. — SAISIE-REVENDEICATION

Il y a lieu d'appliquer à ces matières les principes exposés à propos de la saisie-arrêt ; la loi en effet a réglé d'une façon absolument analogue ces deux voies d'exécution, établissant aussi pour elles la nécessité d'une demande en validité. Les mêmes discussions se reproduisent à propos du temps durant lequel le recours peut s'exercer et les mêmes solutions doivent être admises.

CHAPITRE DOUZIÈME

SAISIE FORAINE

Nous retrouvons encore ici les discussions signalées tant de fois déjà. Trois systèmes principaux :

1^o Aucun recours possible : l'ordonnance est irréfragable, souveraine, de juridiction gracieuse. M. Bertin admet le recours en référé contre la saisie même, non contre l'ordonnance.

2^o Il y a lieu à appel lorsque le Président a commis un excès de pouvoir en dépassant les limites de l'art. 822 C. proc. civ., théorie combattue par M. Bertin. M. Chauveau, *Supplément aux lois de la procédure*, p. 765, a soutenu ce système, que nous avons étudié dans les *Généralités*.

3^o Il y a lieu à opposition (nous dirions plutôt : à tierce opposition) de la part du saisi devant le Président. Et, au cas de refus de l'ordonnance, appel par le requérant devant la Cour.

CHAPITRE TREIZIÈME

SAISIE CONSERVATOIRE

La matière est réglée par l'art. 417 C. proc. civ. : « Dans les cas qui requerront célérité, le Président du Tribunal de commerce pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure, et de saisir les effets mobiliers... Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel », et par l'art. 172 C. com. : « Indépendamment des formalités prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut, en obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs. »

Des termes de l'art. 417 C. proc. civ., il résulte à l'évidence que, en tous les cas, l'opposition du saisi est recevable et que la seconde ordonnance confirmant la première sur opposition est susceptible d'appel. Malgré les termes si absolus de l'art. 417, les partisans de la juridiction gracieuse n'ont pas hésité à persévérer dans leur théorie de l'ordonnance irréfragable et à refuser tout recours dans les cas prévus par les deux textes précités (Bruxelles, 17 mai 1812; Paris, 27 juin 1855, S. 55, 2, 406). Ils n'ont pu d'ailleurs écarter l'argument décisif, et d'une portée d'ailleurs très générale, tiré de l'art. 417, qu'en déclarant que le législateur avait méconnu les vrais principes du droit en appliquant à une ordonnance les voies de recours exclusivement applicables aux actes de la juridiction contentieuse.

En faveur de l'admission des voies de recours : Toulouse, 29 novembre 1832, S. 33, 2, 248) ; Rouen, 21 décembre 1861, S. 62, 2, 235 ; Bordeaux, 7 avril 1862, *ibid.* ; Alger, 1^{er} mars 1897, D. 97, 2, 478 ; Bordeaux, 10 février 1899, D. 99, 2, 183. *Contra* : Boulogne, 15 octobre 1900, *Gaz. trib.*, 3 novembre 1900. — Auteurs favorables : Chauveau, *loc. cit.*, *Quest.*, 1492 *bis* ; Ruben de Couder, Gouget et Merger : *Dictionnaire commercial*, v^o *saisie conservatoire*, n^o 7.

L'opposition devra être portée devant le Président lui-même. (En ce sens : Rouen, 21 décembre 1861, *préc.* ; Aix, 3 mars 1871, D. 72, 2, 41 ; Chauveau, S. c. *Question*, 1492 *bis* ; Ruben de Couder, *loc. cit.*, n^o 7, v^o *Saisie conservatoire*.) D'après une théorie que nous avons critiquée, et que la jurisprudence a abandonnée d'une façon générale actuellement, l'opposition devrait être portée devant le tribunal. (En ce sens : Bordeaux, 7 avril 1862, *précité* ; Bruxelles, 16 avril 1887, D. 88, 2, 90 ; Thomine-Desmazures, t. I, n^o 465 ; Pigeau, t. I, p. 711 ; Bioche, v^o *Saisie conservatoire*, n^o 12, v. p. 71 et s. et 160.)

CHAPITRE QUATORZIÈME

SAISIE-CONTREFAÇON

La matière est régie par l'art. 47 de la loi du 5 juillet 1844 : Les propriétaires de brevet pourront, *en vertu d'une ordonnance du Président* du tribunal de première instance, faire procéder par tous les huissiers à la désignation et description détaillée, *avec ou sans saisie*, des objets prétendus contrefaits. L'ordonnance sera rendue *sur simple requête* et sur la représentation du brevet » et par l'art. 48 de la même loi : « A défaut par le requérant de s'être pourvu, soit par la voie civile, soit par la voie correctionnelle, dans un délai de huitaine, la saisie sera nulle de plein droit ». Cette matière est très analogue à la saisie-arrêt et la loi la règle à peu près dans les mêmes formes ; aussi nous retrouverons des dispositions absolument analogues à celles du chapitre X.

1^o Les partisans de la juridiction gracieuse refusent toute voie de recours ; la majorité de la jurisprudence est en ce sens : Rouen, 7 mai 1885 ; Cassation, 13 août 1862, S. 62, 1, 929. Ces deux arrêts vont même jusqu'à refuser tout recours contre l'ordonnance rectificative intervenue sur l'exercice de la réserve d'en référer insérée dans la première décision. (En ce sens : Aix, 22 novembre 1894, D. 96, 2, 330.)

2^o On admet d'une manière générale qu'en cas de difficultés, il peut en être référé au Président ; ce qui d'ailleurs est habituellement prévu par les termes de l'ordonnance. (Lyon, Ordonnance de référé, 1^{er} décembre 1871, D. 71, 5, 39.)

3^o Le recours contre l'ordonnance ne peut être exercé d'après plusieurs arrêts, que jusqu'au moment de l'assignation en contrefaçon devant le tribunal. (Paris, 10 août 1889, D., 91, 2, 23; Requête. Cassat., 31 mai 1886, D. 87, 1, 59.)

La Cour de cassation avait admis l'opposition contre l'ordonnance, devant le magistrat; puis, contre l'ordonnance de référé ainsi intervenue, l'appel. Mais elle a abandonné cette théorie en 1862. Elle semble pourtant y être revenue dans trois arrêts: l'un, en date du 15 mai 1876, S. 76, 1, 305, pose en principe que, pour qu'une mesure rentre dans le pouvoir discrétionnaire du juge et soit sans recours, il faut qu'elle n'intéresse pas, au fond du droit, les prétentions opposées des parties et n'ait à aucuns égards le caractère contentieux; or, ce n'est guère le cas. Le deuxième arrêt, en date du 10 novembre 1885, S. 86, 1, 9, décide que, dès qu'une ordonnance est rendue en référé, elle est susceptible d'appel; donc, aussi bien celle rendue sur opposition ou sur l'exercice de la réserve d'en référer en notre matière. Le troisième arrêt, en date du 31 mai 1886, D. 87, 1, 59, admet un recours jusqu'au moment de l'assignation.

Il faut remarquer que la mesure autorisée par l'ordonnance présidentielle en vertu de l'art. 47 peut revêtir un caractère de gravité exceptionnelle; elle peut porter, non seulement sur des échantillons, mais sur l'ensemble, la totalité des objets contrefaits, sur l'universalité des marchandises d'un fonds de commerce; elle peut arrêter net une industrie et amener la ruine du saisi. Il est donc, pratiquement, d'une urgence extrême que celui-ci puisse réclamer et faire rapporter la mesure par une voie de recours rapide et sans attendre pendant un délai souvent très long la solution d'une question peut-être vitale pour lui.

CHAPITRE QUINZIÈME

SCELLÉS.

Les art. 909, 910, 928-931 C. proc. civ. règlent les formalités imposées pour obtenir soit l'apposition soit la levée des scellés : les créanciers qui n'ont pas de titre exécutoire peuvent requérir l'apposition en se faisant autoriser par le Président du tribunal du lieu. En ce qui concerne la levée, une ordonnance doit intervenir pour l'autoriser et indiquer les jour et heure auxquels il y sera procédé ; au besoin aussi, en cas d'urgence, pour ordonner la levée avant le délai de trois jours fixé par l'art. 928 C. proc. civ.

Le Président du Tribunal peut intervenir aussi par la voie du référé, en vertu de l'art. 921 C. proc. civ., lorsqu'il s'élève d'une façon générale des difficultés soit avant soit pendant le scellé ; son ordonnance nous paraît incontestablement susceptible d'appel. Mais nous n'avons à nous préoccuper que des ordonnances rendues sur requête. Cette distinction semble n'avoir pas été prise en considération par M. Crépon qui enseigne que le Président « ne statue *jamais qu'en référé* ». (En ce sens aussi : *Répertoire de jurisprudence*, de Fuzier-Hermann, v^o *Appel civil*, n^o 1245.) Cependant, dans les cas visés par les articles précités, le magistrat rend bien une ordonnance sur requête, et il y a lieu de savoir si cette décision est susceptible d'un recours.

Les partisans de l'ordonnance irréfragable repoussent tout recours ; ainsi M. de Belleyme, *loc. cit.*, t. I, p. 301. déclare que l'ordonnance portant autorisation d'apposer les

scellés n'est pas susceptible d'appel. Certains juristes, poussant la théorie à l'extrême, et prévoyant le cas où, par l'exercice d'une réserve d'en référer insérée par le Président, celui-ci aurait rendu une ordonnance de référé, refusent à cette deuxième décision le caractère contentieux et la déclarent non susceptible d'appel. (En ce sens : Paris, 6 juillet 1849.)

Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer ici purement et simplement les principes généraux que nous avons exposés plus haut.

CHAPITRE SEIZIÈME

TAXE

La doctrine assimile l'ordonnance de taxe du Président, ou du juge qui le remplace en vertu d'une délégation, à une ordonnance sur requête. La matière est réglée actuellement par une loi du 14 décembre 1897 « relative au recouvrement des frais dûs aux notaires, avoués et huissiers »; elle l'était auparavant par le décret du 13 février 1807 relatif à « la liquidation des dépens en matière sommaire ». L'on s'était demandé si ce décret devait s'appliquer dans tous les cas, bien qu'il ne visât expressément que les dépens « en matière sommaire »; et la jurisprudence avait répondu affirmativement, généralisant la réglementation du décret. La loi de 1897 est venue lui donner raison; elle s'applique, en effet, en toutes matières, non seulement à la liquidation des dépens, mais au recouvrement des frais quelconques dûs aux « notaires, avoués et huissiers ». La loi a établi ici un mode de recours spécial, consistant en une opposition, recevable dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance du juge taxateur, « tant de la part de la partie débitrice que de celle qui en est bénéficiaire »; cette opposition est portée devant la Chambre du conseil, les débats ont lieu sans procédure, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique et susceptible d'appel dans les formes et dans les cas ordinaires (art. 4 de la loi du 24 décembre 1897). Pas de difficultés par conséquent

en ce qui concerne les ordonnances de taxe rendues dans les cas prévus par la loi de 1897.

La question se pose douteuse en ce qui concerne la taxe des experts, non visée par la loi de 1897, du moins expressément, et réglée par l'art. 319 C. proc. civ. «... leurs vacations (des experts) seront taxées par le Président au bas de la minute; et il en sera délivré exécutoire contre la partie qui aura requis l'expertise ou qui l'aura poursuivie, si elle a été ordonnée d'office ». Faut-il ici appliquer à l'exécutoire les dispositions de la loi de 1897 ?

La question avait été posée antérieurement en des termes analogues : fallait-il appliquer à la taxe des experts le décret de 1807 ? Doctrine et jurisprudence avaient hésité et deux opinions s'étaient fait jour; il est intéressant de les signaler parce que la même discussion se reproduit aujourd'hui en des termes analogues :

Première opinion. — Le décret du 16 février 1807 forme un droit exceptionnel qu'on ne peut pas étendre au delà des cas pour lesquels il a été spécialement établi. Le législateur a réglé dans l'art. 319 C. proc. civ. la manière de procéder à la taxe des experts, il n'a rien dit sur les difficultés possibles; dès lors, l'ordonnance de taxe reste soumise au droit commun. Particulièrement, si un jugement est rendu statuant sur le règlement des frais d'une expertise, il est susceptible d'appel alors même qu'il n'aurait pas été rendu de jugement sur le fond. (En ce sens : Nancy, 1^{er} décembre 1829; Bordeaux, 18 mars 1864, S. 64, 2, 226; Caen, 28 décembre 1866, S. 67, 2, 239; Nancy, 4 décembre 1879, S. 81, 2, 13; Bruxelles, 14 mars 1894, D. 96, 2, 109.)

M. Crépon qui a particulièrement examiné la question se

prononce en ce sens. (Appel civil, t. I, nos 1286 et s.) Il approuve les motifs de la décision précitée de la Cour de Nancy (4 décembre 1879) ainsi formulés : l'art. 6 du décret de 1807 apporte des entraves à l'exercice du droit d'appel; il établit une exception grave au principe général et les exceptions sont de droit strict. Or le décret est uniquement relatif à la « liquidation des dépens adjugés en matière sommaire »; il suppose donc l'existence d'un jugement rendu. L'on ne peut appliquer ses dispositions à la liquidation des frais d'expertise; car l'art. 319 permet aux experts d'obtenir immédiatement un exécutoire, dès le rapport déposé, sans attendre la sentence adjugeant les dépens.

Faisons remarquer de suite que ce raisonnement n'a plus aucune base aujourd'hui. En effet, d'une part l'art. 4 de la loi de 1897 déclare le jugement rendu sur l'opposition, « susceptible d'appel dans les formes et dans les cas ordinaires », tandis que l'art. 6 du décret de 1807 n'autorisait cette voie de recours « qu'autant qu'il y avait appel de quelques dispositions sur le fond ». Donc, plus aucune entrave à l'exercice de l'appel, plus de droit exceptionnel. Et d'autre part, la loi de 1897 a une portée beaucoup plus étendue que le décret de 1807; elle est relative en effet au « recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huis-siers » et non plus seulement à la « liquidation des dépens adjugés ».

A l'opinion qui repousse l'application du décret de 1807 se rattachent les noms des auteurs suivants : Rousseau et Laisney, *v^o expertise*, *loc. cit.* n^o 109 bis; Dutruc, *Supplément aux lois de la procédure de Carré et Chauveau*, *v^o expertise*, n^o 155; Vasserot : *Manuel des experts*, n^o 82; Fons, *Tarif en matière civile*, p. 357, appendice, n^o 2; Boucher d'Argis et Sorel, *Dictionnaire de la taxe v^o expertise*, n^o

264; Favard de Langlade, *loc. cit.*, v^o *expertise*, p. 705; Thomine-Desmazures, *loc. cit.* t. I, p. 523; Chauveau, *Commentaire du tarif*, t. I, p. 312, n^o 46; Bertin, *Chambre du Conseil*, t. II, n^o 1441.

Deuxième opinion. — Elle admet l'application des dispositions du décret de 1807 (et, *a fortiori*, de la loi de 1897, d'une portée bien plus générale), à la taxe en matière d'expertise, invoquant l'analogie des situations et la réglementation semblable (fixation des frais par une ordonnance et délivrance d'un exécutoire). Elle s'appuie encore sur l'art. 1042 C. proc. civ., qui renvoie en matière de taxe, à des règlements d'administration publique, c'est à-dire au décret de 1807. (En ce sens : Cassation, 19 janvier 1886, S. 86, 1, 56; Paris, 31 janvier 1843, S. 43, 2, 58; 9 juillet 1859, S. 59, 2, 544; Bordeaux, 1^{er} février 1867, S. 67, 2, 352; Douai, 29 avril 1869, D. *Répertoire*, v^o *Expert.*, p. 57, n^{os} 2 et 3; Paris, 17 avril 1877, *Gaz. Trib.*, 26 mai 1877, p. 505; Lyon, 20 mars 1884, S. 85, 2, 131. En ce sens aussi, par argument *a contrario*, un arrêt de la Cour de Rennes du 2 juin 1899, D. 1901, 2, 295, qui, statuant en matière d'expertise, et *en matière commerciale*, a refusé l'application de la procédure spéciale de la loi de 1897, « édictée seulement pour les affaires soumises aux tribunaux civils ». Donc, en matière civile, les frais d'expertise doivent être taxés d'après les règles particulières établies par la loi de 1897.

M. Bonjean est partisan de ce système ainsi que : Dejean, *Traité des expertises*, n^o 599; Pigeon, *Traité et formule des expertises*, n^o 381; Bioche, *loc. cit.*, v^o *Expert.* n^o 167; Boncenne, *Manuel de la taxe*, p. 232.

Il a été jugé en ce sens par la Cour de Paris (27 novembre 1882, S. 83, 2. 56) que la Cour siégeant en audience

publique, est incompétente pour connaître de l'appel d'un jugement rendu par le Tribunal en chambre du conseil sur l'opposition à un exécutoire délivré à un expert pour le recouvrement de ses frais, et que l'appel doit être porté devant la Cour jugeant en la chambre du conseil.

Jugé aussi que, pour l'opposition, la compétence de la chambre du conseil est *d'ordre public* et que, si l'opposition a été portée à l'audience, les conclusions au fond ne sauraient empêcher les parties d'invoquer l'exception ni le Tribunal de se déclarer d'office incompétent (Douai, préc.).

Nous croyons qu'actuellement les dispositions de la loi de 1897 doivent s'appliquer en matière de taxe d'experts (bien qu'elle ne comprenne pas expressément ces derniers dans ses dispositions), étant donné l'analogie des matières, étant donné aussi que la loi nouvelle se rapproche beaucoup plus que le décret de 1807 du droit commun et a une portée beaucoup plus générale. La jurisprudence, déjà orientée en ce sens dès avant 1897, ne peut que persévérer dans cette voie.

CHAPITRE DIX-SEPTIÈME

TESTAMENT

Art. 1007, C. civ. « Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au Président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert s'il est cacheté. Le Président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis ».

Le procès-verbal constatant la présentation et l'ouverture du testament n'est pas une décision ; c'est un acte judiciaire qui ne peut être aucunement assimilé à un jugement, puisqu'il porte sur des faits non susceptibles de contradiction ; c'est un acte de nature vraiment *gracieuse* et rentrant dans l'exercice de la juridiction *gracieuse*. Il ne saurait donc être question de voies de recours contre un acte qui, loin de porter atteinte aux droits ou aux intérêts de quelqu'un ne peut qu'être utile en régularisant la situation créée par l'ouverture de la succession.

Mais en est-il de même de l'ordonnance qui règle le dépôt du testament et commit un notaire pour le recevoir ? « Le choix de l'officier ministériel peut avoir une importance sérieuse et faire grief à l'un des intéressés, héritier ou légataire » ; il y a en cet acte du magistrat une appréciation et une décision véritablement susceptibles de contradiction, et par suite d'un caractère contentieux. La Cour de cassation en a ainsi décidé par un arrêt de date déjà ancienne (22 fé-

vrier 1847, S. 53, 2, 161 : « Attendu qu'en l'absence de tout recours légal dirigé contre l'ordonnance... qui a ordonné le dépôt..., cette ordonnance devrait produire tous ses effets... P. C. M. rejette ». La Cour suppose donc qu'il y a un *recours légal* que les intéressés peuvent exercer. Ce principe a été plusieurs fois confirmé.

Mais quelle voie de recours exercer ? Nous pensons que c'est ici le cas d'appliquer les principes que nous avons posés dans les *Généralités*. Si un héritier a par requête demandé la désignation d'un notaire et si le Président en a commis un autre, le requérant pourra user de l'appel. Si l'ordonnance a désigné un notaire à l'insu d'un intéressé, celui-ci pourra faire tierce-opposition devant le Président et faire appel de la seconde ordonnance rendue contradictoirement.

Divers systèmes ont été proposés.

1° Aucun recours contre l'ordonnance, acte de juridiction gracieuse. (En ce sens : les auteurs partisans de l'ordonnance irréfragable, déjà cités. Bertin, sauf le tempérament habituel signalé. Paris, 27 août 1872, S. 85, 2, 185, *Dictionnaire du notariat*, v^o dépôt, n^o 42).

2° M. Crépon (*loc. cit*, t. I, n^o 1230) admet l'appel de la partie qui a comparu ; l'opposition et l'appel de la partie qui n'a pas été entendue. La Cour de Bordeaux a consacré cette théorie, 23 juin 1885, S. 85, 2, 185, en décidant que le Président doit respecter la désignation faite par le légataire universel alors qu'elle n'est contredite par aucun héritier et qu'aucune raison grave ne peut être invoquée pour l'écarter ; que l'ordonnance qui contrevient à cette désignation est donc susceptible d'appel de la part du légataire universel ; et que le notaire en l'étude duquel le légataire a demandé que le testament fût déposé a qualité pour intervenir

sur l'appel formé par le légataire de l'ordonnance prescrivant le dépôt chez un autre notaire. (En ce sens : Montpellier, 8 avril 1839, P. 39, 2, 118 ; 3 décembre 1870, S. 70, 2, 316 ; Aix, 29 août 1883, S. 84, 2, 9 ; Toulouse, 3 juillet 1893, Tribun. de Saint-Gaudens, Ordonnance de référé rétractée sur opposition (*Gaz. Trib.*, 4-5 juin 1894) ; Cassat. civ. 13 avril 1897, D. 97, 4, 357 ; Orléans, 5 avril 1900 (*Gaz. Trib.*, 21 mai 1900) ; Caen, 20 mai 1901. (*Le Droit*, 3 janvier 1902). Et Bonjean, *loc. cit.*, chap. XLVI ; Roland de Villargues, *Répertoire du notariat*, v^o *dépôt du testament*, n^o 60. *Encyclopédie du notariat*, eod. v^o, n^o 20).

3^o Un arrêt d'Orléans admet uniquement l'appel en tous les cas. (11 février 1892, *Gaz. trib.*, 17 février 1892.)

4^o Il faut faire une distinction. Si le Président a prescrit le dépôt spontanément, sans contestation, la décision appartient à la juridiction gracieuse et l'appel en est interdit, ainsi que l'opposition. Si, au contraire, la question a soulevé des contradictions, le Président n'a statué en réalité que comme juge des référés et son ordonnance est soumise à l'appel. (En ce sens : Bertin, *loc. cit.*, t. I, n^o 758 ; Paris, 16 juillet 1886, S. 86, 2, 213.)

CHAPITRE DIX-HUITIÈME

VENTES MOBILIÈRES

Les difficultés relatives à l'exécution des ordonnances en cette matière doivent être portées devant le juge des référés. (En ce sens : Bonjean, *loc. cit.*, chap. XLVIII; art. 617, 946, 948 C. proc. civ.)

VU :

DUVERDIER DE SUZE.

VU :

*Le Doyen de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 14 juin 1902.

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM,

Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Index bibliographique	IX
Introduction	1

PREMIÈRE PARTIE : Généralités.

TITRE PREMIER

De la nature juridique des ordonnances sur requête . .	7
--	---

TITRE DEUXIÈME

Des voies de recours contre les ordonnances sur requête :

CHAPITRE I ^{er} . — Nécessité de voies de recours.	27
---	----

CHAPITRE II. — Légalité des voies de recours.	34
---	----

CHAPITRE III. — Examen des différentes voies de recours ;	
---	--

leur application aux ordonnances sur requête :

<i>Section 1^{re}</i> : Opposition	54
--	----

<i>Section 2^e</i> : Réserve d'en référer.	66
--	----

<i>Section 3^e</i> : Appel	76
--	----

<i>Section 4^e</i> : Pourvoi en cassation.	90
--	----

<i>Section 5^e</i> : Tierce opposition.	94
---	----

TITRE TROISIÈME

Juridiction volontaire, gracieuse, discrétionnaire et juridiction contentieuse.	101
---	-----

TITRE QUATRIÈME

Jurisprudence.	129
------------------------	-----

DEUXIÈME PARTIE : Spécialités.

	Pages
CHAPITRE I ^{er} . — Annonces supplémentaires.	141
CHAPITRE II. — Arbitrage	142
CHAPITRE III. — Assignations à bref délai.	148
CHAPITRE IV. — Commissions	156
CHAPITRE V. — Communication de pièces.	159
CHAPITRE VI. — Distribution par contribution.	160
CHAPITRE VII. — Divorce et séparation de corps	161
CHAPITRE VIII. — Envoi en possession.	167
CHAPITRE IX. — Gestion d'un office de notaire vacant. .	177
CHAPITRE X. — Saisie-arrêt	180
CHAPITRE XI. — Saisie-gagerie. — Saisie-revendication .	191
CHAPITRE XII. — Saisie foraine.	192
CHAPITRE XIII. — Saisie conservatoire.	193
CHAPITRE XIV. — Saisie-contrefaçon.	195
CHAPITRE XV. — Scellés.	197
CHAPITRE XVI. — Taxe.	199
CHAPITRE XVII. — Testament	204
CHAPITRE XVIII. — Vente mobilière	207

